

+

Tilkallingsvaktens rettsstilling

Kandidatnummer:

692

Leveringsfrist:

26.11.2007

Veileder:

Nina Kroken

Til sammen 17 929 ord

23.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	<u>Innledning og problemstilling</u>	1
1.2	<u>Begrep og særpreg</u>	4
1.3	<u>Oversikt over rettskildebildet.</u>	6
1.4	<u>Avgrensning</u>	8
<u>2</u>	<u>RETTSTILSTANDEN</u>	<u>10</u>
2.1	<u>Innledning</u>	10
2.2	<u>Historisk overblikk</u>	10
2.3	<u>Når kan det inngås midlertidige tilkallingskontrakter?</u>	12
2.3.1	Innledning	12
2.3.2	Arbeidsmiljøloven	13
2.3.3	Rettspraksis	14
2.3.4	Servicearbeiderdommen	14
2.3.5	Ambulansearbeiderdommen	17
2.3.6	Dommenes rekkevidde	21
2.3.7	Praktiske problemstillinger	22
2.3.8	Oppsummering	26
2.4	<u>Bruk av tilkallingskontrakter i faste ansettelsesforhold</u>	27
2.4.1	Innledning	27
2.4.2	Arbeidsmiljøloven	28
2.4.3	Rettspraksis	31
2.4.4	Forarbeider	39
2.4.5	Reelle hensyn	42

2.5	<u>Oppsummering</u>	43
3	<u>SAMMENLIGNING AV DE ULIKE RETTSVIRKNINGENE</u>	44
3.1	<u>Rett til arbeid</u>	45
3.1.1	I hvilket omfang?	49
3.1.2	Konsekvens av brudd på plikten til å tilby arbeid	51
3.1.3	Rett til arbeid for midlertidige tilkallingsvakter?	52
3.2	<u>Plikt til arbeid</u>	54
3.3	<u>Konkurranse mellom flere midlertidig ansatte</u>	55
3.4	<u>Oppsigelsesvern</u>	59
3.5	<u>Fortrinnsrett til ny ansettelse i virksomheten</u>	63
3.5.1	Fortrinnsrett for deltidsansatte	64
3.5.2	Konflikt mellom fortrinnsberettigede og urettmessig midlertidige ansatte tilkallingsvakter	66
3.5.3	Oppsummering	67
3.6	<u>Rett til å fortsette i stillingen</u>	67
3.7	<u>Oppsummering</u>	71
4	<u>AVSLUTNING</u>	72
5	<u>KILDER</u>	74
5.1	<u>Lover</u>	74
5.2	<u>Forarbeider</u>	74
5.3	<u>Litteratur</u>	75
5.4	<u>Rettsavgjørelser – Høyesterett</u>	75
5.5	<u>Rettsavgjørelser – Arbeidsretten</u>	75

1 Innledning

1.1 Innledning og problemstilling

Tilkallingskontrakter er en ansettelsesform som i utgangspunktet baserer seg på at arbeidsgiveren tilkaller arbeidstaker ved behov for arbeidskraft i virksomheten. Kontraktsformen benyttes i både faste og midlertidige ansettelsesforhold. Det kan imidlertid spørres om kontraktstypen i sin form egner seg best for midlertidige ansettelsesforhold, og om bruk av tilkallingskontrakter i faste ansettelser innebærer en omgåelsesmulighet av arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern.

Hovedregelen ved inngåelse av arbeidskontrakter er at de skal være faste, jf. arbeidsmiljøloven¹ (aml.) §14-9. Det som kjennetegner en fast ansettelsesavtale, er at den er løpende, i motsetning til de midlertidige ansettelsene som i utgangspunktet opphører ved avtalens utløp.

Arbeidsmiljøloven åpner for adgang til midlertidig ansettelse, dersom visse vilkår er oppfylt, jf. §14-9. De viktigste bestemmelsene følger av bokstav a og b – når arbeidets karakter tilsier det, eller i vikariat. I særskilte tilfeller er kontakten mellom partene så liten og sporadisk at det ikke er tale om et ansettelsesforhold. Man er da utenfor arbeidsmiljølovens anvendelsesområde.

¹ Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Dersom vilkårene for å ansette midlertidig ikke er oppfylt, foreligger det en ugyldig midlertidig kontrakt. Hvilken virkning dette får, følger av aml. §14-11 – arbeidstakeren kan kreve dom for at det foreligger et fast ansettelsesforhold².

I utgangspunktet gjelder dette også for tilkallingsvakter. Det vil si at en tilkallingsvakt som er ansatt uten at vilkårene for å ansette midlertidig er oppfylt, kan kreve dom for at han er fast ansatt.

Faste ansettelsesavtaler generelt medfører særlige rettigheter for den fast ansatte arbeidstakeren. For fast ansatte tilkallingsvakter gjelder i utgangspunktet de samme rettighetene.

Spørsmålet er likevel om man med en fast tilkallingskontrakt i stor nok grad ivaretar disse rettighetene, eller om kontraktstypen medfører større mulighet for arbeidsgiver til omgåelse av lovens regler. Særlig gjør dette spørsmålet seg gjeldende når arbeidstiden er satt til å være ”behovsrelatert”, som tilkallingskontrakter ofte gjør.

Dette betyr imidlertid ikke at en tilkallingsvakt som er ansatt uten at vilkårene for å ansette midlertidig er oppfylt, *ikke* er å regne som fast ansatt. Men det kan spørres om kontrakten må inneholde nærmere bestemmelser om vedkommendes rett til arbeid annet enn kun å være ”behovsrelatert”, og at tilkallingsvakten eventuelt kan kreve fastsettelsesdom for dette.

Et eksempel belyser spørsmålet. Dersom det foreligger et ugyldig midlertidig ansettelsesforhold, og arbeidsgiver slutter å tilkalle vedkommende uten at det foreligger saklig oppsigelse, kan tilkallingsvakten kreve dom for at det foreligger et fast ansettelsesforhold. I kraft av dette vil han ha krav på oppsigelsesvern. I et slikt praktisk tilfelle ser vi imidlertid at nettopp stillingsvernet lett kunne omgås ved at kontrakten baserte

² Det stilles imidlertid også krav til arbeidstakeres tilknytning til bedriften, se punkt 2.3

seg på tilkalling ved behov. Dom for at ansettelsesforholdet er fast vil i enkelte tilfeller dermed ikke gi tilkallingsvakten noe bedre utgangspunkt i utøvelsen av sin rett, dersom ikke kontrakten også sier noe om tilkallingsvaktens *selvstendige rett* til arbeid, og omfanget av denne.

Om det foreligger et fast ansettelsesforhold basert på tilkalling, vil bero på en tolkning av den enkelte avtale og kontraktsforholdet i sin helhet., jf. punkt 2.3. Dette spørsmålet vil ofte være sentralt for tilkallingsvakter, men løsningen i det konkrete tilfelle gir ikke svar på om det stilles særskilte krav til tilkallingskontrakter i faste ansettelsesforhold.

Jeg vil gå gjennom de ulike vurderingskriteriene som foreligger i avgjørelsen av om ansettelsesforholdet mellom en arbeidsgiver og en tilkallingsvakt er fast eller midlertidig, da det belyser arbeidsgivers adgang til å benytte seg av midlertidige tilkallingsvakter, og representerer en praktisk problemstilling.

Dernest vil jeg redegjøre for de ulike syn og argumenter angående bruk av tilkallingskontrakter i faste ansettelsesforhold. Primært gjelder dette de hensyn som gjør seg gjeldende i spørsmålet om tilkallingskontrakter kan benyttes i faste ansettelsesforhold uten at avtalen regulerer tilkallingsvaktens rett til arbeid, eller om unnlattelse av å regulere dette medfører omgåelsesmuligheter for arbeidsgiver.

Dersom de ulike rettskilder taler for at det i faste tilkallingsforhold foreligger en selvstendig rett til arbeid, vil dette kunne medføre at tilkallingsvakten kan kreve fastsettelsesdom etter tvistemålslovens³ §54 for å få klarlagt sine rettigheter etter avtaleforholdets utførelse.

Etter redegjørelsen for bruk av faste og midlertidige tilkallingsavtaler, oppstår spørsmål om de ulike rettsvirkninger som følger av disse ansettelsesformene. Hvordan den konkrete

³ Lov av 13. august 1915 nr. 6

utformingen av rettsvirkningene vil bli i praksis for tilkallingsvakter, vil deretter være sentrale spørsmål.

1.2 Begrep og særpreg

I dette avsnittet vil jeg forsøke å få frem hva det er som særlig særpreger en tilkallingskontrakt. Tilkallingskontrakter skiller seg fra de ordinære faste og midlertidige kontraktene på enkelte områder som kan få betydning i utøvelsen av de rettigheter som springer ut av de ulike ansettelsesformene.

Jeg vil benytte meg av begrepene ”tilkallingskontrakt” og ”tilkallingsvakt” (eventuelt ”tilkallingsavtale”). I teori blir også begrepene ”tilsigelsesavtale”, ”ekstrahjelp” og ”tilkallingsvikar” benyttet, og alle disse begrepene omfattes i min bruk av begrepet. Jeg benytter begrepet ”tilkallingskontrakt” da jeg synes det gir best uttrykk for kontraktstypens kjennetegn.

Begrepet ”tilkallingskontrakt” er ikke definert i arbeidsmiljøloven.

Etter ordlyden kjennetegnes tilkallingskontrakter typisk ved en avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om at arbeidstakeren skal tilkalles ved behov fra bedriftens side, eller etter særskilt avtale. Begrepet ”tilkalling” retter seg mot arbeidstidspunktene, og henviser til at disse ikke er fastsatt på forhånd.

I forarbeidene⁴ karakteriseres tilkallingskontrakter slik:

”Ekstrahjelp eller tilkallingshjelp er arbeidskraft som tilkalles etter behov, for å utføre kortvarig arbeid. Virksomhetene har ofte lister over folk som kan tilkalles. Slike avtaler

⁴ Ot.ptp.nr 50 (1993-94) s. 179

skaper normalt ingen rett eller plikt til å arbeide. Arbeidstaker står fritt til å si ja eller nei til arbeid.”

Forarbeidene tar altså det utgangspunkt at det ikke foreligger rett eller plikt til arbeid mellom partene. Denne konklusjonen er imidlertid ikke gitt på bakgrunn av nærmere drøftelser om tilkallingskontrakter spesielt, men står i et avsnitt som omhandler utvidelse av midlertidige ansettelser generelt. Uttalelsen er dermed ikke bestemmende for tilkallingskontrakters særpreg, og gir ingen veiledning om rettigheter og plikter etter faste tilkallingskontrakter.

Juridisk teori modifierer utgangspunktet om at det ikke foreligger noen rett eller plikt til arbeid mellom partene. Henning Jakhelln (Jakhelln)⁵ uttrykker det slik:

”I praksis er det imidlertid ikke uvanlig at forholdet mellom partene utvikler seg slik at det med større eller mindre grad av regelmessighet blir utført arbeid etter behov. I slike tilfelle blir det ikke treffende å legge vekt bare på det som partene uttrykkelig har avtalt, fordi det ofte også vil ligge til grunn en forventning om at arbeid vil bli utført med mindre spesielle omstendigheter skulle være til hinder for det, slik at avtaleforholdet må vurderes på bakgrunn av hele den situasjon som etter hvert har utviklet seg mellom partene.”

Teori taler dermed for at det kan finnes arbeidsforhold som baserer seg på tilkalling, hvor partene gjennom sin atferd over en viss periode har skapt en forventning om arbeid, slik at utgangspunktet om manglende rett og plikt ikke lenger kjennetegner avtaleforholdet.

Hvorvidt manglende rett eller plikt kjennetegner tilkallingskontrakter, er dermed ikke gitt. Ordlyden i begrepet kan tale for at dette i utgangspunktet vil gjelde, men at det enkelte arbeidsforhold etter en nærmere vurdering kan medføre at utgangspunktet må modifieres.

⁵ Jakhelln (2004) s. 225

Det at arbeidstidspunktene baserer seg på tilkalling medfører at arbeidsforholdet kan bære preg av store variasjoner i forhold til arbeidstidspunkt, arbeidsomfang og lønn. Dette gjelder både innad i det enkelte arbeidsforhold og mellom ulike ansatte. For enkelte grupper tilkallingsvakter kan det tenkes perioder hvor arbeidsomfanget og inntekten fordobles i forhold til det gjennomsnittlige. Et praktisk eksempel på dette kan være studenter i skoleferiene.

Også grunnlaget for de midlertidige tilkallingskontraktene kan variere. For eksempel kan en tilkallingsvakt ansettes for en periode ved fravær av en fast ansatt. Arbeidsforholdet kan også bære preg av gjentatte tilkallinger for å dekke forskjellige ansattes fravær. Et annet eksempel kan være hvor tilkallingsvakter benyttes i perioder hvor arbeidsmengden svinger, som i julesesongen.

Også løpende tilkallingskontrakter kan tenkes. Her bærer arbeidsforholdet større preg av fasthet, og det oppstår forventning om og en viss grad av rett til arbeid.

1.3 Oversikt over rettskildebildet.

Arbeidsmiljølovens kapittel 14 omhandler ansettelsen. Det finnes ikke egne regler for tilkallingskontrakter. Inngåelse av denne typen kontrakter må dermed vurderes etter de alminnelige reglene for inngåelse av arbeidskontrakter, nemlig de faste og de midlertidige, som i utgangspunktet følger av aml. §14-9. Mer presist innebærer dette at tilkallingskontrakter både kan representere faste og midlertidige ansettelser, etter en konkret vurdering av det enkelte arbeidsforhold. I denne vurderingen vil også lovens intensjoner og overordnede formål være relevante kilder.

Arbeidsmiljøloven gir også veiledning i spørsmålet om tilkallingskontrakter i faste ansettelsesforhold bør inneholde noe mer om tilkallingsvaktens rett til arbeid, annet enn en henvisning til arbeidsgivers behov. Særlig omgåelsesbetraktninger i forhold til lovens bestemmelser gir rettledning i dette spørsmålet.

Det finnes noe rettspraksis på området. Rt-2006-1158 (Ambulansearbeiderdommen) og Rt-2005-826 (Braatendommen) er de to mest sentrale dommene. De belyser problematikk rundt tilkallingsavtaler på ulike og praktiske måter.

Ambulansearbeiderdommen begrenser arbeidsgivers adgang til bruk av ekstrahjelp i vikariater, og viderefører prinsippet som kom til uttrykk i Rt-1989-1116 (Servicearbeiderdommen) om at midlertidige ansettelse ikke kan benyttes for å dekke et permanent behov i bedriften.

I Braatendommen er problemstillingen annerledes – her var problemstillingen om en tilkallingsavtale som ikke inneholder nærmere bestemmelser om arbeidstid eller arbeidsomfang, annet enn å referere til arbeidsgivers ”behov”, kunne benyttes utenfor adgangen til å ansette midlertidig, eller om avtalen slik den lød var en ugyldig midlertidig avtale.

I spørsmålet om når en tilkallingsvakt midlertidig kan ansettes, er også generelle avgjørelser om rammene for bruk av midlertidige ansettelse relevante. Noen av disse vil bli nevnt, som Rt-1985-1141 (Ergoterapeutdommen), men en utførlig redegjørelse av rettspraksis angående adgangen til å ansette midlertidig, faller på siden av oppgaven.

Utover dette finnes noen uttalelser i rettspraksis som er relevante for enkelte av problemstillingene i oppgaven. I Rt-1997-277 (Norges varemessedommen) dreiet saken seg primært om retten til å stå i stilling for ansatte uten noen formell kontrakt som tjenestegjorde i varierende omfang. Enkelte uttalelser om Høyesteretts kjæremåls syn på omfanget av retten til arbeid for de ansatte og deres rett til å stå i stilling, er relevant i vurderingen av tilkallingsvaktens rettigheter på samme området.

Også Arbeidsretten har avgjort spørsmål knyttet til retten til arbeid og stillingsvernet for tilkallingsvakter som urettmessig er ansatt midlertidig, jf. RG-1994-842

(Voksenåsen hotell). Her kom retten til at arbeidsgiver pliktet å fortsette å tilkalle tilkallingsvakten i omtrent samme omfang som tidligere.

Forarbeidene er stort sett tause om tilkallings – problematikk. Drøftelser særskilt rettet mot kontraktstypen har så vidt jeg kan se, ikke blitt gitt. Tilkallingskontrakter nevnes kort under arbeidet med de ulike endringslovene i forbindelse med midlertidige ansettelse generelt.

Av juridisk teori finnes det forholdsvis lite om temaet. Jakhelln⁶ berører område i sin oversikt over arbeidsretten. Ellers har det blitt skrevet noen juridiske artikler som redegjør for enkelte problemstillinger⁷.

1.4 Avgrensning

Jeg vil konsentrere avhandlingen om arbeidsforhold etter arbeidsmiljølovens bestemmelser, og avgrense mot de tilfeller som gir grunnlag for ansettelse etter tjenestemannslovens regler, jf. tjenestemannslovens⁸ §§ 1 og 3.

Det kan i noen tilfeller reises spørsmål om enkelte relasjoner har så løst tilknytningsforhold at de ikke kvalifiserer til arbeidsforhold etter arbeidsmiljølovens § 1-8. Disse faller også i hovedsak utenfor mine drøftelser, selv om det kan tenkes at enkelte av disse relasjonene også baserer seg på tilkalling.

Bestemmelser som følger av tariffavtaler vil det også avgrenses mot. Disse må uansett holde seg innenfor den rett regelverket oppstiller.

⁶ Jakhelln (2004) s. 224-227

⁷ Dalheim (2005) og Frogner (2005)

⁸ Tjenestemannsloven §§ 1 og 3.

Jeg vil behandle problemstillinger relatert til ordinære arbeidstakere, der det foreligger et direkte muntlig eller skriftlig kontraktsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Det avgrenses dermed mot de arbeidsforhold som baserer seg på innleie av arbeidstakere, som har eget regelverk, jf aml. §§ 14-12 og 14-13. Det kan tenkes parallelle problemstillinger for denne gruppen arbeidstakere, men jeg går ikke nærmere inn i disse.

Jeg vil også konsentrere avhandlingen mot de midlertidige ansatte hvor grunnlaget for ansettelsen følger av hovedbestemmelsene i aml. § 14-9 bokstav a og b, det vil si der arbeidets karakter tilsier det, eller det utøves arbeid i stedet for en annen eller andre. Det avgrenses dermed mot midlertidige ansettelser på grunnlag av særtilfellene i aml. § 14-9 bokstav c til e, det vil si praksisarbeid, deltaker i arbeidsmarkedstiltak, idrettsutøvere, idrettstrenere, dommere og andre ledere innen den organiserte idretten.

2 Rettstilstanden

2.1 Innledning

For tilkallingsvakter vil det i mange tilfeller være avgjørende om ansettelsesforholdet er fast eller midlertidig, da dette har betydning for stillingsvernet. Svaret avhenger av en konkret tolkning og vurdering av arbeidsforholdet, hvor blant annet arbeidsmiljølovens vilkår for midlertidig ansettelse, bedriftens behov og den tilsattes tilknytning til bedriften er relevante momenter, se punkt 2.3. Når ansettelsesforhold basert på tilkalling er fast eller midlertidig, er ikke uttømmende løst; men som vist nedenfor gir rettspraksis, og tolkning av forarbeider og lov, vesentlig rettledning.

Kapittelets andre problemstilling er om faste tilkallingskontrakter, som ikke angir arbeidstidspunkt annet enn å referere til arbeidsgivers behov, representerer en omgåelsesmulighet for arbeidsgiver av arbeidsmiljølovens regler. Spørsmål i forlengelse av dette er om den enkelte avtale dermed må inneholde noe mer konkret om tilkallingsvaktens selvstendige rett til arbeid, da retten til arbeid er sentral for de videre rettigheter et fast ansettelsesforhold medfører.

2.2 Historisk overblikk

Det kan innledningsvis være hensiktsmessig å redegjøre for arbeidsmiljølovens bakgrunn og utvikling av reglene om inngåelse av ansettelse, og da særlig de midlertidige, for å belyse rettsområdet.

Begrenset adgang til midlertidig ansettelse kom under den omfattende lovrevisjonen på 70-tallet, som resulterte i arbeidsmiljøloven i 1977⁹. Reglene må ses i sammenheng med at det på dette tidspunktet ble innført stillingsvern for alle faste arbeidstakere. Lovrevisjonene på dette tidspunktet medførte at arbeidsmiljøloven skulle gjelde alle arbeidstakere¹⁰.

Bestemmelsen åpnet for midlertidig ansettelse der arbeidets karakter tilsier det, eller hvor det foreligger praksisarbeid eller vikariat. Arbeidsmiljøloven er først og fremst en vernelov som ivaretar arbeidstakers rettigheter med den målsetting å sikre arbeidstakeren et trygt arbeidsmiljø og tilsettingsforhold.

Hovedprinsippene i dagens arbeidsmiljølov¹¹ er de samme som da loven ble vedtatt i 1977. De endringene som har blitt foretatt har i hovedsak gått i retning av høyere beskyttelsesnivå og styrkede arbeidstakerrettigheter. Endringene har skjedd parallelt med økt velferd og bedre kunnskaper om sammenheng mellom arbeid og helse¹².

Reglene om midlertidige ansettelser har stort sett det samme innholdet i dag, bortsett fra at enkelte grupper har utvidet adgang til midlertidige ansettelser, som deltaker i arbeidsmarkedstiltak, praksisarbeid, idrettsutøvere, idrettstrenere, dommere og andre ledere innen den organiserte idretten, jf aml § 14-9. Også for kunstnerisk arbeid er det sær-regler.¹³ Bestemmelsens innhold har imidlertid blitt utviklet gjennom rettspraksis.

Under forarbeidet til de ulike endringslovene¹⁴ ble både reglene om midlertidige ansettelser og utviklingen i arbeidsmarkedet drøftet. Det uttrykkes generelt en skepsis mot utvidet

⁹ Lov av 4. februar 1977 nr. 04 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

¹⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 36

¹¹ Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

¹² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 37

¹³ Arbeidsmiljøloven § 14-9(3)

¹⁴ Lov av 6. januar 1995 nr. 02 (endringslov), lov av 6. juni 1997 nr. 34 (endringslov)

adgang til midlertidig ansettelse for ordinære arbeidstakere. Lovens strenge regulering av adgangen til midlertidige ansettelse må ses i sammenheng med ønske om å verne arbeidstakere og sikre disse trygge ansettelsesforhold.

Under arbeidet med ny arbeidsmiljølov i 2005, fikk imidlertid samfunnets og virksomheters behov større oppmerksomhet i lovgivningsprosessen. På dette tidspunkt var det nok en gang duket for drøftelser rundt ansettelsesavtalene, og denne gangen viste lovgiver større vilje til utvidelse av reglene om midlertidige ansettelse. Det ble for eksempel foreslått generell adgang til midlertidig ansettelse.

Forslaget ble som kjent omgjort før det trådte i kraft. Det opprinnelige lovforslaget, som i stor grad medførte større adgang til midlertidige ansettelse ble omgjort ved regjeringsskifte høsten 2005. Regjeringsskifte innebar at den foreslåtte endringen og utvidelsen av midlertidig ansettelse ble strøket, og at gjeldende rett ble videreført. Den stramme reguleringen av midlertidige arbeidsforhold ble opprettholdt.

Rammene for bruk av midlertidige ansettelse er sentrale for mange tilkallingsvakter. Primært har det betydning for når tilkallingsvakter kan ansettes midlertidig, det vil si når tilkallingsvakten mangler fullt stillingsvern. De hensyn som gjør seg gjeldende for begrenset adgang til midlertidig ansettelse, får også betydning for faste tilkallingsvakter, i spørsmålet om kontraktstypen i stor nok grad ivaretar deres rettigheter.

2.3 Når kan det inngås midlertidige tilkallingskontrakter?

2.3.1 Innledning

Et sentralt spørsmål for tilkallingsvakter er i hvilke tilfeller arbeidsforholdet representerer en gyldig midlertidig ansettelse, og når kontraktsforholdet er fast.

I spørsmålet vil de samme hensyn gjøre seg gjeldende som når midlertidige ansettelser generelt er ugyldige. Tilkallingskontrakter er imidlertid en så særegen kontraktsform at en redegjørelse kan være hensiktsmessig for å oppnå klarhet om rammene.

2.3.2 Arbeidsmiljøloven

Det finnes ikke egne lovregler for tilkallingskontrakter. Dermed kommer de begrensninger som følger av arbeidsmiljølovens regler om midlertidige ansettelser til anvendelse i avgjørelsen av når en tilkallingsvakt lovlig er ansatt midlertidig.

Lovens utgangspunkt følger av §14-9. Her oppstilles de tilfellene hvor arbeidsgiver har adgang til å ansette midlertidig. For tilkallingsvakter er de mest praktiske tilfellene ”når arbeidets karakter tilsier det” eller ”vikariater” jf §14-9 (1) bokstav a og b.

Avgjørelsen følger av en konkret vurdering. Her vil grunnlaget for ansettelsen av tilkallingsvakten måtte holde seg innenfor de begrensninger som oppstilles i loven.

For tilkallingsvakter oppstår spørsmålet om hva slags midlertidig ansettelse som eventuelt foreligger. For eksempel kan hvert enkelt arbeid representerer en midlertidig ansettelse. Her vil hver tilkalling måtte oppfylle vilkåret om å ansette midlertidig. Et praktisk eksempel, er der tilkallingsvakten er vikar for forskjellige fast ansatte i bedriften. Adgangen til å benytte seg av midlertidige vikarer begrenses imidlertid i rettspraksis, se punkt 2.3.3.

En annen mulighet er i de tilfeller hvor tilkallingsvakten er ansatt for en periode, og blir tilkalt innenfor denne perioden. Praktiske eksempler er ved ferieavvikling i bedriften i sommer månedene, eller ved økt behov i julesesongen.

Dersom ansettelsesforholdet ikke har noen tidsbegrensning, og tilkallingene ikke representerer gyldige midlertidige ansettelser, vil tilkallingsvakten i utgangspunktet regnes som fast ansatt.

Rettsområdet belyses og utdypes mer utførlig i rettspraksis.

2.3.3 Rettspraksis

Høyesterett har de senere år avgitt dommer som omhandler tilkallingsvaktens rett til fast ansettelse, i tilfeller hvor arbeidsgiver hadde omgått stillingsvernet. Disse dommene er vesentlige i vurderingen av hva som skal til for at tilkallingskontrakter medfører ugyldige midlertidig avtaler.

2.3.4 Servicearbeiderdommen

I Servicearbeiderdommen¹⁵ behandler Høyesterett spørsmålet om sporadiske vikaravtaler kunne inngås som midlertidige kontrakter for å dekke et løpende vikarbehov i bedriften.

Sakens bakgrunn var følgende: Den ansatte, Synnøve Andreassen, var ansatt fra desember 1978 til september 1981 som servicearbeider på Statfjordfeltet for SAS Catering A/S Norge, senere SAS Service partner, Offshore- og Industrial Catering A/S.

Andreassen gjorde med vekslende avbrudd tjeneste av varierende varighet ved fast ansattes fravær. Hennes tjeneste atskilte seg ikke i vesentlig grad fra skiftordningen for fast ansatte servicearbeidere. Det ble opprettet skriftlig vikarkontrakt for hvert oppdrag. 12 juni 1981

¹⁵ Rt-1989-1116

fikk hun fast ansettelse. Problemstillingen var om hvert vikariat kvalifiserte til midlertidige ansettelser.

Det forelå *reelle* vikariater, det vil si at det var sannsynliggjort at Andreassen tjenestegjorde for en eller flere andre, jf. tidligere arbeidsmiljølov (aml.1977) §58 nr. 7 annet ledd.

Spørsmålet var om omstendighetene rundt ansettelsesforholdet likevel tilsa at A burde vært ansatt fast, og dermed om rammene for lovlig bruk av vikarer var overtrådt.

Fast ansettelse er lovens hovedregel og dersom unntaksbestemmelsene om midlertidig ansettelse skulle komme til anvendelse, forutsatte dette at vilkårene for å ansette midlertidig etter aml.1977 §58 nr. 7 annet ledd var oppfylt.

Løsningen baserte seg på en tolkning av lovens bestemmelser og formål. Det avgjørende i vurderingen var konkrete omstendigheter i arbeidsforholdet.

Omstendighetene i saken var preget av to faktorer som fikk avgjørende vekt: Påregneligheten av virksomhetens behov for vikarhjelp over en viss periode, og arbeidstakers tilknytning til bedriften.

Virksomheten hadde over lang tid hatt et høyt og påregnelig behov for vikarhjelp. Fraværsprosenten lå på mellom 10 og 14 prosent i den aktuelle perioden. Høyesterett vurderer tilstanden slik:¹⁶

”Tilstanden har vært stabil og etter min vurdering også til enhver tid påregnelig for bedriften”.

Også bedriftens størrelse ble beskrevet. SAS Catering A/S Norge hadde et stort antall stillinger på feltet, 320 ved overtakelsen fra Christiania Dampkjøkken, 210 senere.

¹⁶ Rt-1989-1116 s. 1121

Høyesterett vurderer i tillegg Andreassens tjenesteomfang og tilknytning til bedriften. Andreassen hadde over 2 ½ år arbeidet noenlunde kontinuerlig, i til sammen 20 vikariater med etterfølgende opparbeidet fritid med lønn på land. Om Andreassens tilknytning uttaler Høyesterett:

”Synnøve Andreassens tjenesteforhold slik det er fremstilt, bærer preg av at hun fast, over lang tid, har fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften”

Etter en gjennomgang av det konkrete arbeidsforholdet, konkluderer Høyesterett med at Andreassen burde vært fast ansatt. Høyesterett uttaler:

”Etter en samlet vurdering av de konkrete forhold i denne sak, finner jeg det best i tråd med intensjonene i arbeidsmiljøloven at Synnøve Andreassen var blitt regnet som fast ansatt og gitt stillingsvern. Jer er etter dette blitt stående ved at Synnøve Andreassen må gis medhold i at den vikarordning bedriften praktiserte i hennes tilfelle var i strid med arbeidsmiljøloven §58 nr 7 annet ledd.”

Høyesteretts samlede vurdering ble altså tatt på bakgrunn av bedriftens vikarbehov, som i dette tilfellet var permanent og påregnelig, bedriftens størrelse, og arbeidstakerens arbeidsomfang og tilknytning til bedriften. Høyesterett oppstiller dermed generelle momenter som vil være relevante i vurderingen av om et vikariat kan begrunne en midlertidig ansettelse. I et tilfelle hvor bedriftens behov er permanent og påregnelig vil ikke forhold på bedriftens side tilsi at ansatte skal ansettes midlertidig. Dersom arbeidstakerens tilknytning i tillegg er tilstrekkelig sterk, taler dette sammenlagt for at vedkommende gis fast ansettelse.

Avgjørelsen baserte seg på en tolking av bestemmelsen om midlertidig ansettelse, der grunnlaget for ansettelsen er vikariat. Forarbeidene¹⁷ åpnet for at domstolene kunne sette til side avtaler hvor det forelå omgåelse av lovens regler. Høyesterett kom i den konkrete saken til at ordningen med vikarer slik den ble praktisert, ikke var i tråd med intensjonene i arbeidsmiljøloven.

Hva Høyesterett mener med arbeidsmiljølovens intensjoner, sies ikke uttrykkelig. Et av lovens sentrale intensjoner er imidlertid vern av arbeidstakeren. Situasjonen i den foreliggende sak medførte at arbeidstakeren manglet det vern som tilkommer faste arbeidstakere.

Høyesterett ser på arbeidsmiljølovens bestemmelser i sin helhet. Begrepet ”vikariat” ble dermed gitt en snevrere betydning enn ordlyden i §58 nr. 7 annet ledd tilsa.

Prinsippet og de relevante vurderingsmomentene som kom til uttrykk her, har senere blitt videreutviklet i Ambulansearbeiderdommen.

2.3.5 Ambulansearbeiderdommen

Ambulansearbeiderdommen¹⁸ bidrar til klargjøring av spørsmål knyttet til midlertidige ansettelser for tilkallingsvakter som er vikar for noen. Dommen videreutvikler prinsippet som kom til uttrykk i Servicearbeiderdommen om at permanent arbeidskraftbehov ikke kan dekkes med midlertidig ansettelse, og de vurderingsmomenter som her gjør seg gjeldende.

Sakens bakgrunn var som følger: Den tilsatte (heretter kalt A) var ansatt som tilkallingshjelp i ambulansetjenesten i Akershus fylkeskommune. I avtalen het det innledningsvis:

¹⁷ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) annen spalte, se s. 1120 i dommen.

¹⁸ Rt-2006-1158

”1. A inngår i vikarpoolen ved Ambulansetjenesten i Akershus for sporadisk tjenestegjøring (tilkallingshjelp med ubestemt arbeidstid) i vikariat eller som fast ekstrahjelp(…)”

Avtalen inneholdt en rekke punkter som utdypet kontraktsforholdet:

(Vikaren/ekstrahjelpen) ”skal tilbys vakter ved behov, og står fritt til å akseptere eller avslå de vakter som tilbys”

Og:

”(D)en enkelte avtale om sporadisk vakt er å anse som en tidsbegrenset arbeidsavtale som opphører når den/de avtale vakt(er) er avsluttet”

A ble en dag oppringt av arbeidsgiver med beskjed om at han ikke lenger ville bli benyttet på grunn av manglende samarbeidsevne. A motsatte seg det han oppfattet som oppsigelse av arbeidsforholdet, og mente han hadde krav på stillingsvern.

Spørsmålet for Høyesterett dreiet seg om hvorvidt ordningen med en vikarpool slik den ble praktisert gikk utenfor de rammer for midlertidige ansettelser som loven oppstiller. For å avgjøre dette tolket Høyesterett begrepet ”vikar”.

Det er naturlig å først redegjøre for forholdene i Ambulansetjenesten i Akershus:

Virksomheten hadde en felles administrasjon, men var organisert i fire regioner, som igjen var inndelt i til sammen 11 ambulansestasjoner¹⁹. Ved forfall var det stasjonen som kontaktet vikarer, ut fra en liste. Den samme vikaren kunne stå på flere lister. Det var uten

¹⁹ Rt-2006-1158 avsnitt 4 og Dalheim (2006) s. 249

tvil snakk om en arbeidsgiver og en virksomhet sett i forhold til arbeidsmiljølovens arbeidsgiver- og virksomhetsbegrep.

De siste fem årene hadde ambulansetjenesten i Akershus hatt en nokså fast bemanning på ca 140 ansatte. Tallmateriale viste at ambulansetjenesten hadde et høyt forbruk av vikarer – i prosent utgjorde dette 27 prosent for årene 2001-2003. Det var liten variasjon over året.²⁰

I avgjørelsen av hvorvidt man befant seg utenfor lovens rammer for inngåelse av vikariater, tok Høyesterett utgangspunkt i bedriftens behov og den ansattes tilknytning til bedriften. Bedriftens behov vurderes etter størrelsen på virksomheten. Høyesterett uttaler i denne forbindelse:

”Et fast arbeidskraftbehov skal ikke dekkes med vikariater, men med en større grunnbemanning av fast ansatte. Det innebærer at den normalt er for noe større bedrifter med noenlunde jevnt og forutsigbart behov for vikarer at en slik vikarpool som i vår sak, kan være ulovlig.”

Høyesterett tar dermed det utgangspunkt at det primært er store bedrifter som benytter seg av vikarer der behovet er påregnelig, som kan havne i en situasjon der midlertidige ansettelsesforhold er ulovlig. Og videre sies det:

”For det andre må den enkelte ansatte ha en tilstrekkelig fast tilknytning til bedriften for å kunne kreve fast ansettelse.”

Bedriftens størrelse og omfang av vikarbehov, og arbeidstakers tilknytning til bedriften er momenter som kom til uttrykk i Servicearbeiderdommen, omtalt i punkt 2.3.4.

Høyesterett går deretter inn i den konkrete vurderingen.

²⁰ ²⁰ Rt-2006-1158 avsnitt 40

Først blir Ambulansetjenesten i Akershus gjennomgått en nærmere analyse. Som nevnt ovenfor hadde bedriften mange ansatte - 140, og fraværsprosenten var høy - 27 prosent. Vikarkostnadene var jevne og stabile.²¹

Selv om tjenesten var oppdelt – i Akershus var tjenesten inndelt i fire regioner som igjen var inndelt i to stasjoner – så Høyesterett på tjenesten i sin helhet når den skulle vurderes. Høyesterett begrunner dette i avsnitt 41 hvor det uttales:

”Å vurdere ut fra situasjonen ved den enkelte stasjon, slik Ullevål anfører, kan jeg ikke se er riktig; det måtte være fullt mulig å knytte en vikarordning til et større område. Slik er ordningen i noen grad praktisert – ved at de samme vikarene står på flere ringelister. Jeg viser også til at det ikke var angitt noen stasjonstilknytning i A’ avtale, bare at han ”fortrinnsvis” skulle gjøre tjeneste i region 3, og at han faktisk gjorde tjeneste i to regioner.”

Høyesterett kom til at tallene uansett viste at det var et konstant og forutsigbart udekket behov for arbeidskraft, som måtte gi grunnlag for en større grunnbemanning. Det vil si at bedriften burde kunne forutse sitt behov for vikarhjelp.

Forhold på bedriftens side ga dermed ikke holdepunkter for å ansette A midlertidig.

Deretter bli As tilknytning til bedriften vurdert. Tilknytningskravet innebærer at det ikke er tilstrekkelig at bedriften har et permanent behov. Tilkallingsvakten, som påberoper seg retten til fast ansettelse, må kunne vise til en tilstrekkelig sterk tilknytning, basert på varighet av arbeidsforholdet, stabilitet og omfang.

²¹ Rt-2006-1158 avsnitt 40

A hadde gjennomsnittelig tjenestegjort i 44 prosent stilling, hvilket var jevnt fordelt over de 14 månedene han var ansatt, med unntak av en måned hvor han hadde ferie.

Høyesterett fant at dette var tilstrekkelig sterk tilknytning.

Konklusjonen ble dermed at A fikk medhold i at hans arbeidsforhold ble praktisert i strid med aml. §58A. Bedriften hadde et løpende behov for vikarer. De måtte derfor utvide sin stab av faste ansatte, for å imøtekomme arbeidsmiljølovens intensjoner. Ordlyden i lovens bestemmelse innsnevres. Selv om vikarbruken var reell, det vil si at det var på det rene at den tilsatte tjenestegjorde i en annens fravær, måtte den begrenses for best å imøtekomme lovens intensjoner.

Av dette kan det oppsummeres: Først og fremst gjelder saken midlertidige tilkallingsansettelser i vikariater, hvor lovens vilkår i utgangspunktet er oppfylt, jf. aml. 1977 §58 nr. 7 annet ledd (nå aml. §14-9 (1) bokstav b.) Dommen innsnevrer lovens ordlyd, slik at også reelle sporadiske vikariater må være begrenset i en eller annen form.

Deretter vil et løpende og påregnelig behov for vikarhjelp i en virksomhet, ikke kunne dekkes med midlertidige ansettelser. Om behovet er løpende og påregnelig beror på virksomhetens størrelse, om fraværet er høyt og jevnt, og om vikarbehovet er påregnelig.

For at det skal foreligge en ugyldig midlertidig ansettelse, kreves det også at den tilsattes tilknytning til bedriften er tilstrekkelig sterk. Det vil si at avtaleforholdet må vurderes og her legges det vekt på omfang, regelmessighet og varighet. Sporadisk og sjelden tjenestegjøring vil dermed kunne tilsi at den enkelte tilsatte er midlertidig ansatt selv om arbeidskraftbehovet er noenlunde jevnt, da det ikke kvalifiserer til fast ansettelse.

2.3.6 Dommenes rekkevidde

Servicearbeiderdommen og ambulansearbeiderdommen omhandler først og fremst vikariater, og gir dermed veiledning i størst grad der arbeidstakere er ansatt midlertidig av denne grunn.

Videre er vurderingstemaet for Høyesterett konkret rettet mot den enkelte kontrakt og ansettelsesforhold. Det vil si at hvert ansettelsesforhold hvor det er tvist om vilkårene for å ansette midlertidig er oppfylt, må gjennom en nærmere konkret vurdering.

Generelt kan det likevel sies at Høyesterett oppstiller en begrensningsplikt for vikarbruk – det vil si at vikariatet må begrenses på en eller annen måte for å begrunne en midlertidig ansettelse. Også de vurderingskriterier som Høyesterett oppstiller – som bedriftens behov vurdert etter omfang, påregnelighet og regelmessighet, og arbeidstakers tilknytning, basert på regelmessighet og omfang og varighet – er generelle vurderingskriterier som vil kunne benyttes i de ulike vurderingene.

Dommene angir rettstilstanden for tilkallingsvakter på et praktisk viktig område. I store bedrifter hvor det ofte er et høyt fravær blant ansatte, som for eksempel sykehjem, sykehus, ambulansetjeneste, eller restaurantnæring, vil midlertidig ansettelse av tilkallingshjelpere på grunn av fravær blant fast ansatte være en praktisk situasjon. Etter de to nevnte dommene vil en slik bruk måtte begrenses til det strengt nødvendige.

2.3.7 Praktiske problemstillinger

Når tilkallingsvakter kan ansettes midlertidig, følger de samme begrensninger som for midlertidige ansatte generelt. En uttømmende redegjørelse for denne rammen, vil som nevnt falle på siden av oppgaven.. Jeg vil likevel kort nevne enkelte problemstillinger jeg mener er praktisk viktige på tilkallingskontraktområde.

2.3.7.1 Kvalifikasjonskrav

Det kan spørres om manglende kvalifikasjoner kan begrunne en midlertidig ansettelse. Det vil si om ordlyden i aml. §14-9 bokstav a om ”arbeidets karakter” kan tolkes til å omfatte også en slik begrensning i retten til fast ansettelse. Spørsmålet er praktisk for tilkallingsvakter.

Det må først presiseres at en fast ansettelsesavtale ikke nødvendigvis medfører at kontraktsformen, tilkallingskontrakt, bortfaller. Det er tilkallingsvaktens manglende²² stillingsvern – både ved ordinære oppsigelser og endringsoppsigelser²³ - som først og fremst kjennetegner midlertidige ansettelser.

Begrepet ”arbeidets karakter” retter seg etter sin ordlyd mot selve arbeidets art, og at det er denne som må tale for midlertidig ansettelse. Klassiske eksempler er prosjektarbeid, som i sin natur er midlertidige.

Tolkes imidlertid begrepet videre enn ordlyden skulle tilsi?

Rettspraksis belyser problemstillingen. I Ergoterapeutdommen²⁴ kom Høyesterett til at tidligere arbeidsmiljølov §58 nr. 7 ikke var til hinder for midlertidig ansettelse av aktivtører i stillinger som var forutsatt besatt med ergoterapeuter ved et psykiatrisk sykehus.

²² At midlertidige ansatte mangler stillingsvern må modifieres. De har primært ikke like sterkt stillingsvern som fast ansatte, men midlertidige ansatte er ikke helt uten beskyttelse, jf punkt 3.1.3

²³ Endringsoppsigelse kan foreligge der arbeidsgiver foretar vesentlige endringer i arbeidstakerens stilling, som får betydning for vedkommendes arbeidsoppgaver, lønn eller andre viktige faktorer i arbeidsforholdet. I realiteten foreligger oppsigelse av tidligere stilling, og overføring til ny stilling. En endringsoppsigelse medfører en uformriktig oppsigelse.

²⁴ Rt-1985-1141

Sentralt i avgjørelsen var en tolkning av begrepet ”arbeidets karakter”.

Lovforarbeidene²⁵ ga uttrykk for at begrepet åpnet for adgang til midlertidig tilsetning for helt spesielle arbeidsgivere med saklig behov for dette.

Etter lovens praktisering hadde berørte myndigheter og organisasjoner forutsatt at det var adgang til midlertidig ansettelse i helsevesenet når det ikke meldte seg kvalifiserte søkere²⁶.

I vurderingen ble det særlig lagt vekt på stillingens karakter. I den foreliggende sak ble det påpekt at hensyn til pasienten måtte stå i forgrunnen.²⁷ Det ble videre uttalt at midlertidig ansettelse måtte begrenses til de tilfeller hvor ”det foreligger saklig behov for det og tilsetningen begrenses til det som er strengt nødvendig.”²⁸

For tilkallingsvakter vil de samme vurderingsmomentene være relevante i avgjørelsen om kvalifikasjonskrav kan begrunne en midlertidig ansettelse.

Det vil først og fremst måtte spørres om stillingen er av en slik særegen karakter at særlige kvalifikasjonskrav gjør seg gjeldende. For en del omsorgsykker vil hensyn til pasienten stå i forgrunnen. Det vil ikke nødvendigvis si at alle stillinger i helsesektoren kan begrunne midlertidige ansettelser. Det kan for eksempel ikke kreves hjelpepleierutdanning for alle faste ansettelser på sykehjem.

Dernest vil det måtte spørres om den midlertidige ansettelsen er saklig begrunnet – her vil typisk økonomiske hensyn på bedriftens side ikke være et saklig argument, for eksempel ved at midlertidig ansettelse av en ufaglært er billigere en fast ansettelse av en fagutdannet. At det ikke melder seg kvalifiserte søkere kan derimot være et relevant argument.

²⁵ Rt-1985-1141 s. 1147, jf. Ot.prp.nr.41 (1975-76) s. 71 og Innst.O.nr.90 (1976-77) s. 26

²⁶ Rt-1985-1141 s. 1148

²⁷ Rt-1985-1141 s. 1150

²⁸ Rt-1985-1141 s. 1150

Og sist må den midlertidige ansettelsen være begrenset til det strengt nødvendige. I dette ligger at arbeidstakere som i flere år har arbeidet i en stilling uten de nødvendige kvalifikasjoner, etter hvert kan ha opparbeidet seg rett til fast ansettelse.

2.3.7.2 Bransjepraksis

I noen bransjer, som for eksempel i helsevesenet eller restaurant – og servicebransjen, er det lang tradisjon for å bruke midlertidige ansatte tilkallingsvikarer. Vil en slik langvarig praksis, i de tilfeller hvor man er utenfor lovens alminnelige grenser for midlertidige ansettelser, være et relevant argument for å tillate praksisen, slik at det dermed har oppstått sedvane som taler for utvidet adgang til midlertidig ansettelse for tilkallingsvakter?

I Ambulansearbeiderdommen²⁹ hevdet ankemotparten, Ullevål Universitetssykehus HF, at domstolene burde være tilbakeholdne med å overprøve en ordning som er innarbeidet og har fungert i mange år, selv om den medførte utvidelse av reglene for midlertidig ansettelse. Høyesterett avfeier imidlertid argumentet uten noen eksplisitt begrunnelse. I den nevnte dom uttaler Høyesterett i avsnitt 42:

”heller ikke en utbredt praksis i ambulansetjenestene mer generelt kan etter min mening slå gjennom overfor det ønsket om stillingsvern for arbeidstakerne som ligger bak arbeidsmiljølovens regler”.

Uttalelsen er i tråd med alminnelig rettskildelære. En bransjepraksis i strid med bærende hensyn i lov, kan ikke godkjennes alene fordi den er utbredt. Spesielt på arbeidsrettens område, hvor hovedformålet er å verne arbeidstakeren, vil ikke en praksis til ugunst for arbeidstakere kunne slå gjennom overfor uttalte målsettinger i loven. Det er arbeidsgiver

²⁹ Rt-2006-1158 avsnitt 28

som har ansvaret for at arbeidsmiljølovens regler blir fulgt, og som må bære risikoen dersom det utvikler seg en praksis i strid med regelverket i bedriften.

For at det kunne blitt snakk om rettsstiftende praksis måtte det forutsettes at ordningen i større grad var drøftet med tillitsvalgte eller nedfestet i en tariffavtale. Da ville man i det minste kunne vist til at ordningen var akseptert også blant arbeidstakere.³⁰

I følge Ambulansearbeiderdommen aksepteres ikke en utbredt praksis som medfører utvidet adgang til midlertidig ansettelse, dersom den strider mot arbeidsmiljølovens bærende hensyn, og fratar arbeidstakere det vern de har krav på etter loven. Det må imidlertid foretas en helhetsvurdering av arbeidsforhold for å avgjøre om man er utenfor adgangen til å ansette midlertidig.

2.3.8 Oppsummering

Vurderingen av om det foreligger et fast eller midlertidig ansettelsesforhold, med de følger og rettsvirkninger dette medfører, vil måtte tas konkret i hvert enkelt arbeidsforhold.

Det foreligger ikke eget regelverk for denne typen kontrakter. Dette medfører at lovens alminnelige regler om ansettelser kommer til anvendelse, og at lovens rammer for å inngå midlertidige tilkallingskontrakter i utgangspunktet er de samme som rammene for inngåelse av midlertidige kontrakter generelt.

Rettspraksis er en sentral rettskilde i avgjørelsen av om det foreligger et fast eller midlertidig ansettelsesforhold. Særlig avgjørelser som direkte avgjør rettstillingen til tilkallingsvakter er sentrale for denne arbeidsgruppen. Servicearbeiderdommen og Ambulansearbeiderdommen oppstiller en viktig og praktisk begrensning for arbeidsgivere i

³⁰ Dalheim (2006) s. 253

bruk av midlertidige ansatte tilkallingsvakter for å dekke et løpende vikarbehov.

2.4 Bruk av tilkallingskontrakter i faste ansettelsesforhold

2.4.1 Innledning

Det at det ikke finnes egne regler for tilkallingsvakter, medfører to ting. For det første at lovens regler om inngåelse av faste og midlertidige kontrakter må anvendes i vurderingen av hva slags ansettelsesforhold som foreligger, og hva slags rettigheter den enkelte tilkallingsvakt har. Dette ble drøftet ovenfor i punkt 2.3.

For det andre vil manglende regulering innebære at kontraktstypen ikke er definert – det vil si om de er en form for midlertidig avtale, eller om de også kan benyttes i faste ansettelsesforhold. Det er også et åpent spørsmål om tilkallingskontrakter egner seg til bruk i faste ansettelsesforhold sett i lys av de rettigheter arbeidsmiljøloven gir faste arbeidstakere generelt, eller om de i sin form representerer omgåelsesmuligheter av lovens regler.

Mange refererer til tilkallingskontrakter som om kontraktstypen i seg selv er en form for midlertidig kontrakt³¹, og at motsetningen til tilkallingskontrakter er faste kontrakter. Dersom en slik forståelse legges til grunn, medfører det at fast ansatte arbeidstakere ikke kan ha en ansettelsesavtale som baserer seg på tilkalling ved arbeidsgivers behov.

Det kan likevel ikke bestrides at tilkallingskontrakter blir benyttet også i faste ansettelsesforhold, og oppfatningen om at kontraktstypen i sin art er midlertidig, må modifiseres.

³¹ For eksempel Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 179

Problemstillingen i det følgende er om tilkallingskontrakter i faste ansettelsesforhold representerer en omgåelsesmulighet av lovens regler om stillingsvern, ved at retten til arbeid kun knytter seg til arbeidsgivers behov, og at arbeidstidspunktene baserer seg på særskilt tilkalling. Finnes det argumenter i rettspraksis eller andre rettskilder som taler for at tilkallingskontrakter i faste ansettelsesforhold må basere seg på noe mer konkret enn kun tilkalling ved arbeidsgivers behov?

2.4.2 Arbeidsmiljøloven

Primært kan det spørres om arbeidsmiljøloven gir oss veiledning i redegjørelsen av bruk av tilkallingskontrakter i faste arbeidsforhold.

Lovens hovedregel for inngåelse av ansettelseskontrakter, er at de skal være faste. Dette gjelder naturlig nok også bedrifter som velger å benytte seg av tilkallingskontrakter. Sier arbeidsmiljøloven oss noe om krav til faste avtaler, som dermed får betydning for faste tilkallingsvakter?

Omgåelsesbetraktninger av lovens regler kan gi veiledning i vurderingen av om en fast tilkallingskontrakt i stor nok grad ivaretar tilkallingsvaktens rettigheter.

For å avgjøre om det foreligger omgåelsesmuligheter, vil det måtte ses hen til hvordan den konkrete tilkallingskontrakt ivaretar de lovbeskyttede rettigheter som følger med fast ansettelse generelt. Hvilke rettsvirkninger som inntreffer i faste ansettelsesforhold, følger primært av aml. kapittel 15.

Hovedskillet mellom faste og midlertidige kontrakter, er stillingsvernsreglene, jf. §15-7. Stillingsvernsreglene medfører at faste ansatte generelt har rett til vern mot usaklig oppsigelse, og oppsigelsesfrist, ved opphør av arbeidsforholdet. Hvorvidt en tilkallingskontrakt i god nok grad ivaretar denne retten, beror på en vurdering av den

konkrete kontrakt. Det kan her tenkes at en henvisning i kontrakten til reglene i loven ikke er tilstrekkelig, uten å samtidig si *noe mer*.

At avtalen ikke angir arbeidstiden annet enn å vise til behov i bedriften, medfører at de rettigheter som inntreffer ved oppsigelse av faste ansatte, er mer uoversiktlige hva angår den konkrete virkning for tilkallingsvakter.

For eksempel vil en tilkallingsvakt i en oppsigelsestid kunne bli gradvis mindre tilkalt, dersom vedkommendes rett til arbeid kun er behovsrelatert. I et slikt tilfelle vil det kunne foreligge bevisst omgåelse av reglene. Også hvor arbeidsgiver ikke bevisst forsøker å unndra seg sine forpliktelser, kan manglende selvstendig rett til arbeid for tilkallingsvakter medføre rettstap, ved at ingen av partene er bevisst på tilkallingsvaktens egentlige rett til arbeid.

Jeg vil dermed påstå at omgåelsesbetraktninger taler for at faste tilkallingskontrakter bør inneholde nærmere opplysninger om tilkallingsvaktens rett til arbeid. Stillingsvernsreglene og de øvrige rettsvirkninger og rettigheter som inntreffer ved opphør av arbeidsforhold kan lettere uthules dersom kontrakten kun angir arbeidstiden til å være ”behovsrelatert”. Retten til arbeid kan for eksempel angis ved en bestemt stillingsprosent, eller garantilønn. Nærmere om dette, se punkt 3.1.

Finnes det andre bestemmelser i loven som er relevante i spørsmålet om faste tilkallingskontrakter bør inneholde nærmere opplysninger om tilkallingsvaktens rett til arbeid?

Lovens overordnede formål belyser de enkelte bestemmelsenes rekkevidde, og vil i avgjørelsen av om tilkallingskontrakten i stor nok grad ivaretar tilkallingsvaktens rettigheter, få betydning for tolkningsresultatet.

Et av lovens hovedmålsettinger er ”å sikre trygge ansettelsesforhold...”, jf §1-1 bokstav b. Den ansattes trygghet ivaretas primært gjennom stillingsvernsreglene.

Hvordan faste tilkallingskontrakter ivaretar arbeidstakers rett til stillingsvern, får betydning i forhold til i hvor stor grad hensynet til trygghet ivaretas.

Som nevnt ovenfor innebærer unnlatelse av å angi arbeidstid, arbeidsomfang eller lønn i avtalen, en omgåelsesmulighet av lovens regler. Her er ikke stillingsvernet fullt ut ivaretatt, og målsettingen om trygghet for tilkallingsvakten oppnås ikke.

Formålet om trygge ansettelsesforhold, gjelder også utover stillingsvernet. I begrepet kan innfortolkes et ønske om forutberegnelighet, som i stor grad kjennetegner faste ansettelsesforhold generelt. Ønsket om forutberegnelighet tilsier at faste tilkallingskontrakter bør inneholde minimumsbestemmelser om arbeidstakerens rett til arbeid og lønn, slik at vedkommende kan planlegge sin økonomi og fritid.

Aml. § 14-6 angir hvilke minimumskrav som stilles til innholdet i den skriftlige avtalen. Bestemmelsen er først og fremst en ordensregel. Etter første ledd skal den inneholde opplysninger om forhold av *vesentlig* betydning i arbeidsforholdet. Vil angivelse av rett til arbeid, eventuelt i hvilket omfang, være et forhold av vesentlig betydning?

I et fast tilkallingsforhold, vil man kunne påstå at det kan være av vesentlig betydning for partene, at forventet arbeidsomfang er regulert i avtalen. På denne måten vil arbeidstakeren lettere kunne planlegge sin livssituasjon. I motsatt fall er arbeidstaker kun undergitt arbeidsgivers behov for å benytte seg av han.

Gode reelle hensyn taler for en slik løsning. Ved at avtalen inneholder opplysninger om tilkallingsvaktens rett til arbeid, oppnår partene større forutberegnelighet. Arbeidstaker kan planlegge sin økonomi i større grad, og arbeidsgiver kan bruke færre ressurser på organiseringen av virksomheten.

Det vil også være enklere å forholde seg til regelverket. Spesielt ved opphør av arbeidsforhold, vil partenes rettigheter og plikter, som for eksempel plikt til å arbeide i oppsigelsestiden lettere kunne overholdes ved at avtalen regulerer dette.

I spørsmålet om arbeidsmiljøloven gir veiledning om krav til faste tilkallingskontrakter taler omgåelsesbetraktninger og lovens overordnede formål for at faste tilkallingskontrakter bør gi arbeidstakeren selvstendig rett til arbeid. Tilkallingskontrakter som kun angir arbeidstiden til å være behovsrelatert, ivaretar normalt ikke de rettigheter arbeidsmiljøloven gir fast ansatte på en fullgod måte.

Hvordan beregningen av denne retten best kan gjennomføres følger av drøftelse nedenfor, punkt 3.1.

Hvorvidt arbeidsmiljølovens sentrale rettigheter blir ivaretatt i en fast tilkallingskontrakt beror på en konkret tolkning av det enkelte arbeidsforholdet, sett opp mot lovens hovedmålsetting, de ulike bestemmelsene som gir arbeidstaker rettigheter, og hvordan den konkrete tilkallingskontrakten ivaretar disse.

2.4.3 Rettspraksis

Etter en gjennomgang av arbeidsmiljøloven, er det naturlig å se om rettspraksis belyser problemstillinger knyttet til bruk av tilkallingsavtaler i faste ansettelsesforhold.

I Rt-2005-826 (Braatendommen) berører Høyesterett spørsmålet om en tilkallingskontrakt, slik den lød, kunne benyttes der vilkårene for å ansette midlertidig ikke var oppfylt. Kontrakten var åpen i forhold til retten til arbeid og arbeidsmengde, og anga arbeidstiden til å være ”behovsrelatert”. Partene var enig i at vilkårene for å ansette midlertidig ikke var oppfylt.

Det finnes også enkelte andre uttalelser i rettpraksis som belyser den konkrete konsekvensen det får for tilkallingsvakter at de er ugyldig midlertidig ansatt, og den videre utførelsen av arbeidsforholdet. Hva rettspraksis sier oss om en slik virkning kan få betydning i spørsmål om bruk av tilkallingskontrakter i faste ansettelsesforhold.

2.4.3.1 Braatendommen

Her var altså det sentrale spørsmålet om tilkallingsavtalen, slik den lød, representerte en fullverdig fast ansettelsesavtale, og dermed kunne benyttes utenfor de tilfeller som gir grunnlag for midlertidig ansettelse, eller om den representerte en ugyldig midlertidig avtale.

Det primære kravet gjaldt imidlertid erstatning, og det må påpekes at arbeidsforholdet, mens saken stod for Høyesterett, ikke lenger bestod. Erstatningskravet var etter arbeidsmiljølovens regler, etter aml1977 §§ 58A nr. 4 tredje ledd og 62 annet ledd.

A var ansatt på tilkalling hos Kjell Braaten AS, et import- og grossistfirma som leverte nonfood - produkter til dagligvarebransjen. Han fikk timelønn, og i avtalen var stillingsbeskrivelsen ”ekstrahjelp ved behov”. Arbeidstiden var oppgitt å være ”behovsrelatert”. Det var også et punkt om oppsigelsesfrist i avtalen, og denne var satt til å være en måned.

Her ser vi at avtalen i utgangspunktet ivaretok tilkallingsvaktens stillingsvern, ved at det ble satt en oppsigelsesfrist. Denne ble imidlertid ikke overholdt i praksis. A ble bedt om å forlate arbeidsstedet etter en episode foranlediget av et brev hvor A påpekte ulike sider ved arbeidsmiljøet han mente ikke oppfylt krav i lover og forskrifter. Han ble ikke tilkalt igjen etter denne episoden.

Det var i saken ikke omtvistet at vilkårene for midlertidige ansettelse etter aml1977. §58A ikke var oppfylt. Spørsmålet var imidlertid om avtalen, slik den lød, representerte en

fullverdig fast ansettelsesavtale, slik at man dermed gikk klar av vilkårene for midlertidig ansettelse.

I vurderingen av om tilkallingskontrakten slik den var utformet kunne representere en fast arbeidsavtale, sammenholder Høyesterett de sentrale punkter i avtalen, med det som kjennetegner ordinære faste arbeidsavtaler.

Tilkallingskontrakten inneholdt som nevnt ingen bestemmelser om noen fast stillingsprosent eller lønn. Selv om den ikke var gjort tidsbegrenset i sin helhet og var gitt en oppsigelsestid på en måned, fant høyesterett at tilkallingskontrakten skilte seg vesentlig fra ordinære faste arbeidsavtaler. Høyesterett uttaler i denne sammenheng:

”Når avtalen anga arbeidstiden til å være ”behovsrelatert”, ble det bare siktet til arbeidsgiverens behov. På den måten anga avtalen bare en ramme, som det var opp til arbeidsgiveren å gi innhold. A ble gitt utsikt til arbeide og inntekt, alt etter arbeidsgiverens behov og vilje til å benytte seg av ham. Dette betyr at hans situasjon i realiteten var langt unna den situasjon som en fast ansatt arbeidstaker befinner seg i.” (avsnitt 28)

Ut fra denne beskrivelsen av tilkallingskontrakten, trekker Høyesterett en slik konklusjon:

”Slik avtalen lyder, kan jeg vanskelig se det annerledes enn at den innebærer en omgåelse av arbeidsmiljølovens stramme regulering av adgangen til å avtale midlertidige ansettelsesforhold. Når dette er situasjonen, er jeg kommet til at avtalen må likestilles med en ulovlig avtale om midlertidig ansettelse (...).” (avsnitt 30)

Forståelsen av bruken av tilkallingsavtalen blir presisert ytterligere. I saken hevder arbeidsgiver at det er behov for å kunne etablere løsere tilknytningsformer ved at arbeidstaker blir tilkalt ved behov også i faste ansettelsesforhold. Til dette sier Høyesterett:

”bruken av en slik ordning vil, slik jeg ser det, i det enkelte tilfelle måtte vurderes i forhold til de grenser for adgangen til midlertidige arbeidsavtaler som må anses å følge av § 58A.”
(avsnitt 31)

Disse uttalelsene tyder i utgangspunktet på at tilkallingskontrakter generelt kun kan benyttes i midlertidige arbeidsforhold. Dette synet må imidlertid modifiseres ved at Høyesterett hele tiden viser til den konkrete avtalen slik den lød, og påpeker at vurderingen må tas individuelt. Det er imidlertid på det rene at Høyesterett ikke godtok en tilkallingskontrakt der arbeidstiden kun relaterte seg til arbeidsgivers behov, i de tilfellene hvor ansettelsesforholdet var fast. Fra dette kan man trekke den slutning at Høyesterett hevder en slik tilkallingskontrakt egner seg best i midlertidige ansettelsesforhold.

Nå er det imidlertid slik at der det foreligger ugyldige midlertidige avtaler, kan arbeidstaker kreve dom for at det foreligger et fast ansettelsesforhold, noe som får betydning for stillingsvernet, jf aml. § 14-11. Hvordan vil en slik regel anvendes der tilkallingskontrakten ikke *kunne* benyttes i et fast ansettelsesforhold?

Braatendommen gir ingen konkret veiledning i dette spørsmålet, da saken primært dreiet seg om et erstatningskrav, og Høyesterett ikke trengte ta stilling til den videre utformingen av en eventuell fast arbeidsavtale.

Det er imidlertid mulig å trekke visse slutninger fra dommen.

Først og fremst tyder dommen på at tilkallingskontrakter som er behovsrelatert, kun kan benyttes i midlertidige ansettelsesforhold, da de ikke ivaretar tilkallingsvaktens behov for trygghet, og skiller seg vesentlig fra de ordinære faste ansettelsesavtalene.

Fra dette kan man trekke den slutning at faste tilkallingskontrakter, hvor arbeidstiden baserer seg på tilkalling, må inneholde noe mer konkret om tilkallingsvaktens rett til arbeid, eller rett til lønn, for at behovet for trygghet skal kunne ivaretas.

Den videre virkningen av ugyldige midlertidige tilkallingsavtaler, belyses i andre avgjørelser i høyesterett, og også i en kjennelse i Arbeidsretten, jf Rg-1994-842. Sett i sammenheng med Braatendommen, gir disse veiledning i spørsmål knyttet til bruk av tilkallingskontrakter i faste ansettelsesforhold, se rett nedenfor.

2.4.3.2 Virkningen av en urettmessig midlertidig tilkallingsavtale.

Ambulansearbeiderdommen og Servicearbeiderdommen, samt andre avgjørelser knyttet til tilkallingsproblematikk, er ikke helt tause angående virkningen av at tilkallingsavtalene representerte ugyldige midlertidige kontrakter. Uttalelser om dette kan gi rettleiding i bruk av tilkallingskontrakter i faste arbeidsforhold, sett i sammenheng med uttalelser i Braatendommen.

Ved brudd på reglene om midlertidige ansettelser generelt, følger det av aml. §14-11 at ”retten etter påstand fra arbeidstaker (skal) avsi dom for at det foreligger et fast arbeidsforhold eller at arbeidsforholdet fortsetter”. Etter §14-11 (2) oppstilles også et erstatningsgrunnlag ved brudd på bestemmelsene i §14-9.

Regelen får anvendelse også på de ansettelsesforhold som baserer seg på tilkalling. Høyesterett har i de ovenfor nevnte dommene³² lagt denne regelen til grunn.

I forarbeidene til endringsloven i 1995³³ heter det at dersom vilkårene for å ansette midlertidig ikke foreligger, vil avtalen for øvrig være gyldig, men det må anses å foreligge et vanlig løpende arbeidsforhold, slik at de vanlige reglene om oppsigelsesvern og oppsigelsesfrister gjelder. Det er et poeng at ”avtalen for øvrig vil være gyldig”.

³² Rt-1989-1116, Rt-2005-826, Rt-2006-1158

³³ Ot.prp.nr.50 (1993-94) s.164-165

Hva betyr dette for tilkallingsvakter? I utgangspunktet gjelder hovedregelen om at arbeidsforholdet er fast. Dette får primært betydning for stillingsvernet. Har Høyesterett uttalt seg om hvordan den videre virkningen av dette blir for tilkallingsvakter, annet enn i Braatendommen?

Først må det fastslås at det foreligger et fast ansettelsesforhold. Omfanget av den enkelte tilkallingsvakts rettigheter, herunder rett til arbeid, må løses gjennom en tolkning og utfylling av avtalen³⁴. Hvilke momenter som får betydning i denne avgjørelsen, følger av ”Nøkk-dommen”³⁵. Her heter det at det ved tolking og utfylling av avtalen, må legges vekt på stillingsbeskrivelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.

Dersom avtaletypen kan beholdes medfører dette at partene kan inngå avtale som baserer seg på tilkalling i faste ansettelsesforhold. Det følger imidlertid av Braatendommen, og omgåelsesbetraktninger av lovens regler, at det stilles visse krav til faste tilkallingskontrakter utover at de er behovsrelatert, for at tilkallingsvaktens rett til trygghet skal imøtekommes.

I braatendommen hevder arbeidsgiver at det er behov for å kunne etablere løsere tilknytningsformer også i faste ansettelsesforhold ved at arbeidstaker blir tilkalt ved behov. Til dette sier Høyesterett:

”Bruken av en slik ordning vil, slik jeg ser det, i det enkelte tilfelle måtte vurderes i forhold til de grenser for adgangen til midlertidige arbeidsavtaler som må anses å følge av § 58A.” (avsnitt 31)

om det foreliggende arbeidsforholdet sies det:

³⁴ Dalheim (2005)

³⁵ Rt-2000-1602 s. 1609

”slik avtalen lyder, kan jeg vanskelig se det annerledes enn at den innebærer en omgåelse av arbeidsmiljølovens stramme regulering av adgangen til å avtale midlertidige ansettelsesforhold.” (avsnitt 30)

Uttalelsene er sentrale når det gjelder bruken av tilkallingskontrakter i faste ansettelsesforhold, men hvordan skal de best tolkes? Oppstilles det et forbud mot tilkallingskontrakter generelt i faste ansettelsesforhold?

Ut fra en ren ordfortolkning kan det synes som om Høyesterett i utgangspunktet oppstiller en ramme for bruk av tilsigelseskontrakter til midlertidige ansettelsesforhold. Dersom denne tolkningen legges til grunn, er den imidlertid ikke forenelig med uttalelser som har kommet til uttrykk i tidligere og senere rettspraksis. Uttalelser i andre rettsavgjørelser taler mot en slik streng ordfortolkning. I Servicearbeiderdommen uttaler Høyesterett om virkningen av at bestemmelsen om midlertidig ansettelse er overtrådt:

”Arbeidsmiljølovens regler om midlertidige ansettelser og vikariater står i en paragraf om oppsigelsesfrister, og forarbeidene omhandler bare stillingsvernet.”

I den konkrete saken kom ikke spørsmål om virkning i form av en eventuell videre ansettelse på spissen, da saken dreiet seg om et erstatningskrav. Uttalelsen tyder imidlertid på at konsekvensen av en rettsugyldig midlertidig avtale får betydning for stillingsvernet, og at dette ikke nødvendigvis medfører at avtalens art – avtale basert på tilkalling – ikke kan benyttes.

Også Ambulansearbeiderdommen er illustrerende. Saken videreutvikler de synspunkter som kom til uttrykk i Servicearbeiderdommen. Her uttales det, med henvisning til forarbeidene³⁶, at:

³⁶ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) (endringslov) s. 165

”(H)vis vilkårene for å inngå en midlertidig arbeidsavtale ikke er til stede, vil avtalen for øvrig være gyldig, men det må anses å foreligge et vanlig løpende arbeidsforhold, slik at de vanlige regler om oppsigelsesvern og oppsigelsesfrister gjelder.”

At avtalen ”for øvrig vil være gyldig” betyr at avtaleformen i utgangspunktet kan benyttes, så lenge denne ivaretar arbeidstakers rettigheter ved opphør av arbeidsforholdet.

Høyesterett fastsatte ikke det nærmere innholdet av en eventuell fast ansettelse, men overlot til partene å finne en rimelig løsning. De lot dermed muligheten stå åpen for å fortsette ansettelsesforholdet med en tilkallingsavtale, jf. uttalelsen

”(...) og A har forklart at han er inneforstått med en plikt til å møte på tilkalling” (avsnitt 45)

Også Arbeidsretten har i RG-1994 – 842 kommet til at momentet om ”tilkalling” fortsatt kunne bestå selv om arbeidstakeren hadde krav på stillingsvern. Her uttales det:

”Flertallet vil videre bemerke at forføyningen må gå ut på at hotellet skal fortsette å tildele A arbeid i omtrent samme omfang som i perioden 28. januar – 14. desember 1992.”

Dersom uttalelsen i Braatendommen tolkes i lys av disse utsagnene, ligger nøkkelen for å løse spørsmålet om tilkallingskontrakter kan benyttes i faste ansettelsesforhold i en nærmere konkret vurdering av avtaleforholdet.

Evju kommenterer dommen i Nytt i Privatretten nr.3/2005³⁷, og mener Høyesteretts uttalelse kan forstås på denne måten:

³⁷ Evju (2005) s. 3

”Et første spørsmål vil være om arbeidsavtalen etter sitt innhold (slik den lyder) er tilstrekkelig bestemt eller ubestemt med hensyn til arbeidstakerens rett til arbeid, og derved inntekt. Hvis avtalen i formen er ”åpen” slik at arbeidstakerens rett er betinget av arbeidsgiverens behov og vilje til å benyttes av vedkommende, må avtalen rettslig sett sees som en form for midlertidig ansettelsesavtale, selv om den i formen er en avtale om fast ansettelse. Det vil si at arbeidsmiljølovens § 58A har anvendelse i slike tilfeller. Hvorvidt avtalen da er lovlig, må vurderes konkret i forhold til de vilkår § 58 A stiller opp.”

Hvorvidt tilkallingskontrakter dermed kan benyttes i faste ansettelser, beror etter en slik tolkning på hvor åpen kontrakten er i forhold til arbeidstakers rett til arbeid. Ved en angivelse av rett til arbeid som arbeidsgiver må holde seg til, vil den medføre en større trygghet for tilkallingsvakten, slik at de hensyn som ligger bak hovedregelen om fast ansettelse, også kan ivaretas gjennom en slik kontrakt.

Ved at det oppstilles krav til faste tilkallingskontrakter medfører at tilkallingsvakten kan få fastsettellesdom for retten til arbeid. Hvordan man best kan beregne omfanget av en slik rett, følger av drøftelser nedenfor, se punkt 3.1.

2.4.4 Forarbeider

I forbindelse med arbeidet til endringsloven i 1995, ble tema rundt midlertidige ansettelser satt under lupen. På dette tidspunktet var også problematikk rundt tilkallingskontrakter kommet til syne. Finnes det uttalelser i forarbeidene som gir veiledning i spørsmål i forbindelse med tilkallingskontrakter i faste ansettelsesforhold?

I proposisjonen karakteriserer departementet denne typen kontrakter.³⁸ På s. 179 uttaler de:

³⁸ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) (endringslov) s. 179

”Ekstrahjelp eller tilkallingshjelp er arbeidskraft som tilkalles etter behov, for å utføre kortvarig arbeid. Virksomhetene har ofte lister over folk som kan tilkalles. Slike avtaler skaper normalt ingen rett eller plikt til å arbeide. Arbeidstaker står fritt til å si ja eller nei til arbeid. Hvert enkelt arbeidsoppdrag vil være et lovlig midlertidig tilsettingsforhold når vilkårene i §58 nr 7 er oppfylt, dvs når arbeidets karakter tilsier det.

Virksomheter har opplagt et behov for å bruke ekstrahjelp i visse situasjoner. Mange arbeidstakere ønsker en slik uforpliktende tilknytning til arbeidslivet. Kritikken mot bruk av ekstrahjelp retter seg mot at slike arbeidsforhold også brukes for å dekke et permanent arbeidskraftbehov. Slik bruk av ekstrahjelp vil være i strid med loven, og en omgåelse av stillingsvernet. Heller ikke en generell usikkerhet om arbeidskraftbehovet vil være nok til å tilsette midlertidig i disse tilfellene.”

Utsagnet tyder på at tilkallingsavtaler ses som en form for midlertidig arbeidskontrakt i forarbeidene, og at bruk av tilkallingsvakt for å dekke et løpende behov for arbeidskraft i bedriften, er en omgåelse av stillingsvernsreglene.

Uttalelsene må imidlertid leses med en viss reservasjon. Kapittelet omhandlet i utgangspunktet midlertidige ansettelser generelt, og slutningene som trekkes om tilkallingskontrakter er ikke gitt på bakgrunn av nærmere drøftelser om tilkallingskontrakter spesielt. Det gis heller ingen begrunnelse for at kontraktstypen kun kan benyttes i midlertidige ansettelsesforhold, og det vises ikke til konkrete undersøkelser.

Også andre løse kontraktsformer mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, uttales det skepsis mot. I Innst.O.nr.2 (1994-95) side 29 understreket flertallet betydningen av trygghet og stabilitet i arbeidsforholdet, og presiserte at dette gir økt motivasjon hos den enkelte ansatte overfor sin arbeidsplass. En del av bakgrunnen for den diskusjonen som fant sted, var FAFO - rapporten ”De små grå” fra 1994 om løse arbeidsforhold i kommunal sektor.

Komiteens flertall så med

”bekymring på utviklingen i arbeidsmarkedet, hvor det synes som om det gjøres stadig større bruk av midlertidige ansettelser, engasjementstillinger, korttidsansettelser, prosjektansettelser og inn/utleie av arbeidskraft”³⁹

Dette vil etter flertallets oppfatning

”kunne føre til at bedriftene gradvis innskrenker sin stab av faste ansatte til en viss kjernestab, hvoretter rettsbehovet for arbeidskraft fylles opp med andre typer tilknytninger til bedriften.”

Etter flertallets mening burde ikke arbeidsmiljøloven medvirke til en slik utvikling.

Det kommer her frem at komiteen advarer mot en utvikling i arbeidsmarkedet hvor partene benytter løse tilknytningsformer. Jeg vil imidlertid påpeke at skepsisen i første omgang synes å dreie seg om de ansettelsesforholdene som ikke representerer faste ansettelsesforhold. Uttalelsene kan dermed tolkes som et krav om trygghet i ansettelsesforhold, og fungerer som nok et argument for at faste tilkallingskontrakter bør gi tilkallingsvakten større grad av forutberegnelighet ved å angi arbeidsomfang eller et minimum av lønn.

I forarbeidene til ny arbeidsmiljølov i 2005⁴⁰ nevnes ekstrahjelper og tilkallingsvakter sammen med redegjørelser for atypiske ansettelser, og midlertidige ansettelser generelt. Her anses kontraktstypen som en form for løs tilknytning mellom partene. Noen nærmere gjennomgang av kontraktens rettslige anvendelsesområde eller definisjon gis ikke, og disse forarbeidene gir dermed liten veiledning i bruk av tilkallingskontrakter i faste ansettelsesforhold.

³⁹ Innst.O.nr.2 (1994-95) s. 29

⁴⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 47

Vi ser dermed at forarbeidene stort sett er tause hva gjelder tilkallingskontrakter. De gir ikke noe uttømmende svar på kontraktstypens anvendelsesområde. Uttalelser gir inntrykk av at tilkallingskontrakter blir vurdert som en form for midlertidig kontraktstype, ved at de ikke gir arbeidstakeren de rettigheter ordinære faste ansettelsesavtaler har. Denne oppfatningen bygger imidlertid ikke på nærmere drøftelser eller begrunnelser, og kan dermed ikke tillegges avgjørende vekt.

2.4.5 Reelle hensyn

Finnes det hensyn som taler for at faste tilkallingskontrakter må inneholde nærmere opplysninger om tilkallingsvaktens rett til arbeid?

Først og fremst kan det sies at en tilknytning til arbeidslivet som baserer seg på tilkalling, hvor arbeidstaker gis anledning til å se nei til tilbud om arbeid, kan være ønskelig for mange. Spesielt for studenter og hjemmевærende, representerer ordningen en gunstig løsning. Også arbeidsgivere kan ha nytte av en slik mulighet for fleksibilitet.

Selv om denne gruppen har behov for fleksibilitet, er det ikke dermed sagt at de ikke har behov for å nyte godt av det stillingsvernet som tilkommer faste arbeidstakere. Det kan likevel påpekes at fordelene med en slik tilknytning til arbeidslivet, nettopp er muligheten for variasjon hva angår arbeidsmengde. En henvisning i kontrakten om omfang av arbeid, vil for denne gruppen ikke alltid være ønskelig.

Behovet for en avklaring av omfanget av retten til arbeid, vil primært tilkomme den gruppen tilkallingsvakter som har arbeid som sin hovedaktivitet. Det er også denne gruppen som er mest verneverdig. De har ofte større behov for økonomisk forutsigbarhet, ved at de har gjeldsforpliktelser eller forsørgerbyrde. For denne gruppen vil reelle hensyn tale for at de har rett til avklaring hva gjelder sin selvstendige rett til arbeid, utover å kun knytte seg til arbeidsgivers behov.

De reelle hensyn som gjør seg sterkest gjeldende, er hensynet til forutberegnelighet og trygghet. Også likhetshensyn taler for at faste tilkallingsvakter skal ha samme arbeidsvilkår som fast ansatte generelt.

2.5 Oppsummering

Tilkallingskontrakter er ikke definert som en form for midlertidige kontraktsform. Enkelte uttalelser i forarbeider og rettspraksis taler imidlertid for at tilkallingskontrakter best egner seg hvor vilkårene for å ansette midlertidig foreligger. Dette fordi de i utgangspunktet ikke angir noen selvstendig rett til arbeid, men primært baserer seg på arbeidsgivers behov.

Dersom tilkallingskontrakter benyttes i faste ansettelsesforhold, medfører dette at de skiller seg fra de ordinære faste ansettelsesavtalene, ved at de mangler den forutsigbarhet og trygghet som kjennetegner alminnelige faste ansettelser.

Nå er det imidlertid slik at der det foreligger en ugyldig midlertidig ansettelse, får dette den konsekvens at arbeidsforholdet skal være fast, jf. aml. §14-11. For tilkallingsvakter må dette medføre at hensyn til forutsigbarhet og trygghet gjør seg sterkes gjeldende i faste tilkallingskontrakter enn der arbeidsforholdet er midlertidig.

Braatendommen taler mot at tilkallingskontrakter kan benyttes i faste ansettelsesforhold, forutsatt at arbeidstakers utsikt til arbeid og inntekt kun er avhengig av arbeidsgivers behov og vilje til å benytte seg av vedkommende. Dommen gir uttrykk for at faste ansettelser i større grad bør ivareta arbeidstakers behov for trygghet, og at denne målsettingen vanskelig kan oppnås dersom retten til arbeid er ”åpen”. Dommen er i så måte veiledende i forhold til hva som *ikke* er tilstrekkelig.

Noen uttømmende forslag til løsninger er ikke gitt i rettspraksis, og det er opp til partene å inngå kontrakter som ivaretar arbeidstakers rettigheter. Braatendommen taler imidlertid

sterkt for *at angivelse av rett til arbeid* kan være en hensiktsmessig løsning for å ivareta de hensyn som kjennetegner ordinære faste ansettelsesforhold.

Hensyn som forutberegnelighet, trygghet og likhet taler også for at faste tilkallingsvakter gis selvstendig rett til arbeid.

En rett for faste tilkallingsvakter til angivelse av selvstendig rett til arbeid, eventuelt inntekt, vil kunne kreves gjennom fastsettelsessøksmål, jf. tvistemålslovens §54.

3 Sammenligning av de ulike rettsvirkningene

Hvorvidt tilkallingsvakten er fast eller midlertidig ansatt, får betydning for hvilke rettsvirkninger som inntreffer. Jeg vil i det følgende forsøke å redegjøre for utformingen og utøvelsen av disse der ansettelsesforholdet baserer seg på tilkalling.

Å gi en uttømmende redegjørelse av alle rettsvirkningene som kan inntreffe, vil bli for omfattende. Jeg vil i det følgende konsentrere meg om de mest sentrale og praktiske problemstillingene.

I de følgende drøftelser må det forutsettes for de faste tilkallingsforholdene at retten til arbeid som oftest ikke er angitt i kontrakten, annet enn å være ”behovsrelatert”, og at det dermed er opp til arbeidsgiveren å tilkalle vedkommende ved behov. Avtalen regulerer dermed ikke retten til arbeid utover arbeidsgivers behov, eller forventet omfang av arbeid og lønn, og gjenspeiler dermed i hovedsak det reelle virkelighetsbildet.

3.1 Rett til arbeid

Retten til arbeid er en sentral problemstilling som får betydning i utøvelsen av de øvrige rettsvirkningene som blir drøftet nedenfor. Jeg finner det derfor hensiktsmessig å først redegjøre utførlig for faste tilkallingsvakters rett til arbeid, for dernest i et eget kapittel gjennomgå hvordan retten til arbeid stiller seg for midlertidige tilkallingsvakter.

Ordinære faste ansettelsesavtaler angir som regel arbeidstakerens løpende rett til arbeid, arbeidstidspunkt og lønn. For tilkallingsvakter kan det i denne sammenheng spørres om de i det hele tatt har noen fast rett til å bli tilkalt, utover arbeidsgivers behov, i de tilfellene hvor det foreligger et fast ansettelsesforhold?

Jeg må her presisere at i et fast ansettelsesforhold er ikke behovet i virksomheten sporadisk og uforutsigbart. Tvert i mot vil det være noenlunde jevnt og påregnelig. I motsatt fall vil virksomheten kunne ha anledning til å ansette tilkallingsvakten midlertidig. Det er ikke dermed sagt at det ikke kan foreligge jevne svingninger i arbeidskraftbehov – et slikt jevnt svingende behov kan karakterisere et fast arbeidsforhold for en tilkallingsvakt.

Spørsmålet om tilkallingsvaktens rett til arbeid ”utover arbeidsgivers behov” retter seg mot de ansettelsesforhold som har festnet seg, hvor arbeidsgiveren for eksempel har flere tilkallingsvakter han kan benytte seg av, og behovet for *den enkelte* tilkallingsvakt dermed ikke nødvendigvis følger bedriftens overordnede behov for arbeidskraft. Det må videre forutsettes at begrepet ”behov” ikke er nærmere definert i kontrakten, men er åpent.

Arbeidsmiljøloven inneholder ingen bestemmelser som gir arbeidstakere generelt, verken faste eller midlertidig ansatte, noen rett til arbeid. En slik rett kan likevel tenkes best i tråd med lovens øvrige bestemmelser om stillingsvernsreglene og formålet om et trygt arbeidsforhold, jf henholdsvis aml. kapittel 15 og §1-1. Reglene om stillingsvern og de

ulike rettighetene som oppstår under opphør av arbeidsforholdet, blir illusoriske uten en rett til arbeid for arbeidstakere i faste ansettelsesforhold.

Grunnlaget for retten til arbeid, følger som regel av den enkelte kontrakt. Som nevnt inneholder de fleste ordinære faste ansettelser en angivelse av rett til arbeid i det omfang avtalen bestemmer. Ved et eventuelt opphør av arbeidsforholdet, vil nettopp retten til arbeid angi lønn og arbeidsrett- og plikt i for eksempel oppsigelsestiden.

En tilkallingskontrakt baserer seg i utgangspunktet på tilkalling ved behov. Her er altså retten til arbeid basert på noe mindre konkret, og skiller seg dermed fra de alminnelige faste avtalene.

Braatendommen, se punkt 2.4.3.1, gir veiledning om tilkallingskontrakter i faste ansettelsesforhold, og angivelse av den videre rett til arbeid i kontrakten. Saken gjaldt i hovedsak spørsmålet om en tilkallingskontrakt hvor arbeidstiden var satt til å være ”behovsrelatert” kunne benyttes utenfor de tilfeller som gir grunnlag for midlertidig ansettelse.

Om avtalen uttaler Høyesterett:

”Når avtalen anga arbeidstiden til å være ”behovsrelatert”, ble det bare siktet til arbeidsgiverens behov. På den måten anga avtalen bare en ramme, som det var opp til arbeidsgiveren å gi innhold. A ble gitt en utsikt til arbeide og inntekt, alt etter arbeidsgiverens behov og vilje til å benytte seg av ham. Dette betyr at hans situasjon i realiteten var langt unna den situasjon som en fast ansatt arbeidstaker befinner seg i.”
(premiss28)

Høyesterett trekker denne konklusjonen ut fra avtalens særpreg:

”Slik avtalen lyder, kan jeg vanskelig se det annerledes enn at den innebærer en omgåelse av arbeidsmiljølovens stramme regulering av adgangen til å avtale midlertidige ansettelsesforhold. Når dette er situasjonen, er jeg kommet til at avtalen må likestilles med en ulovlig avtale om midlertidig ansettelse, (...)” (premiss 30)

Her kom Høyesterett til at en avtale som ikke inneholdt noen rett til arbeid for arbeidstakeren utover arbeidsgivers behov, måtte sammenlignes med en ugyldig midlertidig avtale. Etter en antitetisk tolkning kan det tyde på at avtalen slik den lød, ikke kunne nyttes i et fast ansettelsesforhold. Angivelse av arbeidstiden var for løs. Konsekvensen av ugyldige midlertidige avtaler, er imidlertid at den er å anse som fast, jf. aml. § 14-11. Stiller Høyesterett her opp et krav til faste tilkallingskontrakter?

Dette spørsmålet løser imidlertid ikke dommen. Hovedkravet dreiet seg om erstatning, og tilkallingsvakten krevde ikke fortsatt ansettelse.

Andre avgjørelser gir imidlertid veiledning. RG 1994-842 omhandlet primært spørsmålet om retten til å stå i stilling for en tilkallingsvakt som hevdet seg urettmessig oppsagt.

For å avgjøre spørsmålet om retten til å fortsette i stilling, måtte domstolen si noe om tilkallingsvaktens rett til å bli tilkalt. I denne sammenheng uttaler retten:

”Flertallet vil bemerke at forføyningen må gå ut på at hotellet skal fortsette å tildele A arbeid i omtrent samme omfang som i perioden 28. januar – 14. desember 1992. ”

Vi ser dermed at retten gir avtalen innhold, slik at de rettsvirkninger som inntreffer i faste ansettelsesforhold kan gjennomføres. Her sies det eksplisitt at arbeidsretten følger av det reelle arbeidsforholdet og tidligere omfang av arbeid. Arbeidsretten er dermed ikke avhengig av arbeidsgivers behov, men eksisterer uavhengig av dette.

Jeg vil her påpeke at permanent manglende behov hos arbeidsgiver må kunne legitimere en saklig oppsigelse. Her vil imidlertid reglene om oppsigelsesvern, og oppsigelsestid få anvendelse.

Dommen i RG-1994-842 taler også for at selv om tilkallingsvakten har rett til arbeid utover arbeidsgivers behov, kan avtaleformen for øvrig benyttes. Det vil si at momentet om ”tilkalling” kan bestå, jf. ordbruken ”å tildele” i gjengitt avsnitt ovenfor.

Likhetshensyn taler for at også tilkallingsvakter i faste ansettelsesforhold, bør ha en selvstendig rett til arbeid som eksisterer uavhengig av kun arbeidsgivers behov. Det som kjennetegner ordinære faste avtaler er at de er preget av forutberegnelighet og trygghet, slik at den tilsatte kan planlegge sin økonomi og fritid. For tilkallingsvakter som har en kontrakt som kun baserer seg på arbeidsgivers behov, mangler denne fordelene.

Omgåelsesbetraktninger taler også for at retten til arbeid for fast ansatte tilkallingsvakter eksisterer utover arbeidsgivers behov. Det motsatte medfører en omgåelsesmulighet for arbeidsgiver av arbeidsmiljølovens regler – det er vanskeligere for både tilkallingsvakten og en eventuell domstol å motbevise en påstand om at det manglet behov for arbeidskraft, enn å henvise til en nærmere angitt rett.

Et mothensyn som gjør seg gjeldende, er arbeidsgivers behov for fleksibilitet. Varierende behov for arbeidskraft taler mot at en tilkallingsvakt også har rett til å arbeide i perioder hvor behovet er lavt. Ønske om varierende behov for arbeidskraft, vil imidlertid i størst grad kjennetegne de midlertidige tilkallingsforholdene, og behovet for fleksibilitet er kanskje derfor ikke mest utbredt i faste ansettelsesforhold. At det vil kunne gjøre seg gjeldende, er likevel ikke utenkelig.

Hvorvidt arbeidsgivers behov for fleksibilitet i faste arbeidsforhold skal få avgjørende vekt, er heller tvilsomt. Behovet for fleksibilitet er et underordnet hensyn dersom det kommer i

konflikt med arbeidsmiljølovens bærende hensyn, slik som trygghet, da hensynet til fleksibilitet ikke er et av lovens formål jf. aml. §1-1..

Vi kan ut fra de ulike uttalelsene i rettspraksis, lovens bestemmelser om stillingsvern og omgåelsesbetraktninger utlede en regel om at det i faste tilkallingsavtaler må foreligge en viss rett til arbeid, for at ikke lovens bestemmelser om stillingsvern omgås, og reglene om midlertidige ansettelser uthules.

3.1.1 I hvilket omfang?

Dette fører oss til spørsmålet om omfanget av retten til arbeid. Under drøftelsen må det forutsettes at arbeidsforholdet er fast, og har festet seg over en viss periode.

Spørsmålet har vært berørt av domstolene, og både Arbeidsretten og Høyesterett er inne på samme løsning: Hvor avtalen ikke regulerer arbeidstid, har den tilsatte krav på arbeid i omtrent tilsvarende omfang vedkommende *har* arbeidet.

I Servicearbeiderdommen⁴¹ kom Høyesterett til at saksøkeren ikke kunne utlede noe lønnskrav utover det arbeidet hun hadde utført. At hun fikk medhold i kravet om fast ansettelse, betydde ikke dermed at hun hadde krav på ansettelse i full stilling. På s. 1122 uttaler Høyesterett:

”Jeg finner i denne forbindelse grunn til å trekke frem at deltidsansatte kan ha stillingsvern uten at dette utløser krav på lønn for full stilling. Jeg kan ikke se at det ville ha vært noe i veien for at bedriften kunne ha gitt Synnøve Andreassen fast ansettelse med arbeid av samme omfang som det hun utførte og har fått betaling for”.

Uttalelsen tyder på at retten til arbeid følger av hva den tilsatte faktisk har arbeidet, der kontrakten ikke sier noe om retten til arbeid.

⁴¹ Rt-1989-1116

For å bestemme en fremtidig rett, kan det spørres hvordan dette best kan beregnes. En mulighet er å regne et gjennomsnitt av hva tilkallingsvakten faktisk har arbeidet, og gi rett til arbeid i dette omfang hver måned. Her vil imidlertid arbeidet kunne bli jevnere fordelt enn det reelle arbeidsforholdet ga grunnlag for.

En annen mulighet er å ta utgangspunkt i en fastsatt periode, og tildele tilkallingsvakten like stor grad av arbeid sammenlagt i neste periode. Med en slik løsning vil varierende behov tas bedre hensyn til. En avgjørelse i tråd med dette finnes i RG-1994-842.

Her kom retten, ved kjennelse, frem til at det forelå ansettelse i strid med regelen i tidligere arbeidsmiljølov (aml1977) §58 nr.7. Dette fikk den virkning at ansettelsesforholdet var fast, jf. aml.1977 §58A nr. 4 tredje ledd. Retten berører hvilken betydning dette konkret får for tilkallingsvakten, ved at de uttaler:

”Flertallet vil videre bemerke at forføyningen må gå ut på at hotellet skal fortsette å tildele A arbeid i omtrent samme omfang som i perioden 28. januar - 14. desember 1992. Slik arbeidsavtalen var, må hotellet fortsatt ha anledning til å operere med et visst slingringsmonn, men 980 timer over en periode på elleve og en halv måned er omtrent det nivå arbeidsomfanget må ligge på.”

Også her ser vi at det reelle arbeidsforholdet legges til grunn. Her beregnes imidlertid ikke et gjennomsnitt for hver måned, men man ser på arbeidsomfanget i en periode, og sier at tilkallingsvakten sammenlagt over en tilsvarende periode har rett på arbeid i omtrent samme omfang.

Også juridisk teori berører spørsmålet om omfanget av en eventuell rett til arbeid for tilkallingsvakter. Dalheim⁴² nevner omgåelsesbetraktninger som argument for at retten til

⁴² Dalheim (2005) s. 255

arbeid må ha et bestemt omfang. I motsatt fall vil arbeidsgiver lettere kunne omgå stillingsvernet, ved å tilby arbeidstakeren stadig mindre arbeid enn før.

Det kan spørres om ikke arbeidsgivers fremtidige behov, dersom dette kan forutses, kan være vesentlig i avgjørelsen av omfanget av tilkallingsvaktens rett til arbeid. Særlig vil dette være relevant dersom arbeidsforholdet går fra å være midlertidig til å bli fast. Dette er et moment som imidlertid ikke har blitt tatt i betraktning hos domstolene. Rettspraksis gir ikke veiledning ved at de konkrete sakene ikke har måttet ta direkte stilling til utførelsen av et videre kontraktsforhold mellom partene. At fremtidig behov får betydning, kan tenkes ut fra ønske om en hensiktsmessig ordning for partene, spesielt med tanke på at avtalen skal ha en viss varighet.

3.1.2 Konsekvens av brudd på plikten til å tilby arbeid

Det kan imidlertid tenkes at arbeidsgiver i perioder for eksempel har lavere arbeidskraftbehov, og ikke kan tilby partene arbeid i det omfang de har krav på. Hvordan bør arbeidsgiver håndtere en slik situasjon?

Primært må det kunne tillates et visst slingsringsmonn, jf. Punkt 3.1.1. Avtalene baserer seg på tilkalling fra arbeidsgiver, og nøyaktig lik arbeidsmengde hver måned, eller hver periode, kan ikke kreves. At det i perioder er mindre behov, vil dermed ikke nødvendigvis medføre kontraktsbrudd, men være en del av kontraktsforholdets naturlige rytme.

Ved mislighold utover dette kan arbeidsgiver imidlertid pådra seg erstatningsansvar etter aml. §15-12 (2). Juridisk teori synes å være inne på samme tanke. Jakhelln⁴³ uttaler i denne forbindelse:

⁴³ Jakhelln (2004) s. 225

”Annerledes blir forholdet om arbeidsgiver er blitt enig med arbeidstaker om at denne skal tilbys nye arbeidsoppdrag om behov skulle oppstå. I så fall vil arbeidstaker stå fritt, mens arbeidsgiver har pådratt seg en forpliktelse til å komme med tilbud om arbeid, og brudd på denne forpliktelsen vil blant annet kunne medføre erstatningsansvar for arbeidsgiver.”

Omgåelsesbetraktninger taler også for en løsning som baserer seg på at arbeidsgiver kan ha erstatningsplikt overfor tilkallingsvakten, dersom vilkårene foreligger.

Selv om vilkårene for erstatning ikke foreligger, vil avtalen kunne begrunne et lønnskrav mot bedriften dersom tilkallingsvakten ikke får de vaktene han har krav på. Å drive inn et lønnskrav er mindre belastende for arbeidstakeren, ved behandling i forliksrådet jf. tvistemålslovens §§ 272, 273. Ved at det oppstilles et lønnskrav tilsvarende retten til arbeid, settes det makt bak kravet.

Dersom bedriften får permanent redusert behov, og dette ikke skyldes forhold som kan bebreides vedkommende bedrift, slik som for eksempel anskaffelse av flere tilkallingsvakter, kan det foreligge saklig grunn til oppsigelse – eventuelt redusert stilling. Her må de alminnelige reglene for oppsigelse og oppsigelsesfrist komme til anvendelse.

3.1.3 Rett til arbeid for midlertidige tilkallingsvakter?

Det kan spørres hvordan retten til arbeid stiller seg for midlertidige tilkallingsvikarer. Har midlertidige ekstrahjelper krav på arbeid i det hele tatt?

For midlertidige ansatte generelt foreligger det i utgangspunktet ikke noen rett til arbeid utover kontraktstidens utløp. Her kommer imidlertid saklighetsprinsippet til anvendelse. Saklighetsprinsippet ble uttalt i Rt-2001-418, og går ut på at arbeidsgivers styringsrett er begrenset av alminnelige saklighetsnormer. På side 427 uttales det i denne sammenheng:

”Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.”

For midlertidige ansatte får dette den betydning at virksomheten kan ha en plikt til å reengasjere midlertidige ansatte, fremfor å ansette ny.

At en midlertidig ansatt arbeidstaker ikke har rett til arbeid utenfor det tidsrom kontrakten tilsier, er likevel praktisk. Dersom grunnlaget for midlertidig ansettelse for eksempel var prosjektarbeid, og dette arbeidet er ferdig, vil det kunne være innenfor saklighetsprinsippet å ansette ny midlertidig ansatt i et nytt prosjekt. At retten til arbeid for midlertidige ansatte opphører etter kontraktens utløp, kan dermed sies å være et utgangspunkt og hovedregel.

Men hvordan er retten til arbeid *innenfor* kontraktens tidsrom? Det er ikke slik at en midlertidig ansettelse ikke gir arbeidstakeren noen retter overhodet. Innenfor den tidsbegrensede periode, gjelder de alminnelige stillingsvernsreglene. Om dette sier Jakhelln:

”Hvorvidt ansettelsesforholdet kan bringes til opphør ved oppsigelse før tidsrommets utløp, eller før det bestemte arbeid er avsluttet, avhenger av arbeidsavtalen og dens tolkning, jf forutsetningsvis ARD 1951 s 186 og ARD 1981 s. 84. I mangel av andre holdepunkter må det imidlertid kunne legges til grunn en forutsetning om at arbeidsforholdet kan sies opp, og i så fall får de alminnelige regler om oppsigelsesfrister anvendelse.”

At den ansatte har blitt gitt et stillingsvern, medfører at det for denne ligger en rett til arbeid i denne perioden. For en tilkallingsvakt blir spørsmålet hvordan en kontraktstype som baserer seg på arbeidsgivers behov ivaretar en midlertidig arbeidstakers rett til et stillingsvern?

Her er det mulig at man for å unngå omgåelse av reglene, vil måtte benytte en tilsvarende regel som den som gjelder for faste tilkallingsvakter. Også en midlertidig tilkallingsvakt vil ha de samme rettigheter som andre midlertidig ansatte hvor arbeidsomfang og lønn er fastsatt.

Dette fører oss til den konkrete utformingen av avtalen i praksis. Dersom den samme regelen kommer til anvendelse som også gjelder for faste tilkallingsvakter, jf. punkt 3.1, medfører dette at avtalen må angi et visst omfang av arbeid. Hvordan en slik beregning kan gjøres kan bero på grunnlaget for ansettelsen. For eksempel kan det i vikariater tas utgangspunkt i den fast ansattes stillingsprosent. Dersom den midlertidige tilkallingsvakten ikke skal følge den fast ansattes stillingsprosent, bør avtalen angi mer konkret hvilket behov tilkallingene skal følge. Behovet kan også vurderes ut fra andre kriterier, men ved at arbeidsgiver nettopp har gjort dette på forhånd, medfører det større grad av forutberegnelighet for arbeidstakeren, og reglene om stillingsvern innenfor den tidsbegrensede perioden ivaretas på en bedre måte.

3.2 Plikt til arbeid

For alminnelige faste ansettelsesavtaler er det en selvsagt konsekvens av arbeidsavtalen at arbeidstakeren skal utføre det arbeid som følger av avtalen.⁴⁴ Det hender det dukker opp spørsmål i forbindelse med omfanget av en slikt plikt, men jeg avgrenser mot en slik problemstilling.

For fast ansatte tilkallingsvakter kan det spørres om det med rett, følger plikt for arbeidstaker til å akseptere tilbud om arbeid.

⁴⁴ Jakhell (2004) s. 237

Det kan tenkes at momentet om frivillighet best hører hjemme ved midlertidige kontrakter, og at momentet bortfaller dersom avtalen går over til å være fast. Dersom avtalen inneholder bestemmelser om for eksempel en omtrentlig stillingsprosent, kan det hevdes at avtalen vanskelig kan oppfylles dersom arbeidstakeren har rett til å avslå ethvert tilbud om arbeid.

Det kan mot dette poengteres at arbeidstakeren ikke har rett til arbeid til gitte tidspunkt, og at han dermed også bør kunne nyte godt av den fleksibilitet en slik avtaleform representerer. Dersom det oppstilles en plikt til å akseptere enhver tilkalling, uansett hvor ugunstig tidspunktet er for arbeidstakeren, vil behovet for fleksibilitet kun tilkomme arbeidsgiveren, mens arbeidstaker tvert imot må være tilgjengelig på de tidspunkt arbeidsgiveren har behov for han/henne. Dette synes umiddelbart som en urimelig løsning.

Plikten til å akseptere tilbud om arbeid bør derfor modifiseres noe. Praktiske løsninger kan være at arbeidsgiver plikter å tilby flere alternativer i god tid før arbeidet skal utføres, eller at eventuelle avslag ikke medfører kontraktsbrudd fra arbeidstakerens side.

Begge parter må imidlertid sies å ha en viss lojalitetsplikt for å oppfylle avtalens intensjoner. Det vil si at bevisst tilbud om vakter på ugunstige tidspunkt vil kunne medføre kontraktsbrudd, og eventuelt erstatningsansvar. På arbeidstakerens side vil brudd på lojalitetsplikten kunne tenkes ved konsekvent avslag på tilbud om arbeid på upassende tidspunkt.

3.3 Konkurranse mellom flere midlertidig ansatte

Kan det tenkes situasjoner hvor det er flere midlertidige tilkallingsvakter som strider om de samme faste stillingene, og det oppstår ”konkurransespørsmål” mellom de midlertidige ansatte?

Det kan for eksempel tenkes at arbeidsgiver i en søksmålssituasjon påstår at andre enn saksøkeren har lengre ansiennitet, eller er bedre kvalifisert, og derfor skulle gått foran i køen ved en eventuell fast ansettelse⁴⁵.

Rettspraksis løser ikke spørsmålet.

Både Servicearbeiderdommen og Ambulansearbeiderdommen oppstiller imidlertid et tilknytningskrav for tilkallingsvakter som krever fast ansettelse. Dette innebærer at den midlertidig ansatte tilkallingsvakten som har dekket et løpende behov i virksomheten, i tillegg må ha tilstrekkelig sterk tilknytning, basert på varighet, omfang og regelmessighet av arbeid. For å avgjøre om kravet er oppfylt, må det foretas en vurdering av det reelle arbeidsforholdet. At vedkommende faktisk har fremmet krav om fast ansettelse får dermed betydning. Dalheim uttrykker det slik:

”Etter min oppfatning kan en argumentasjon fra arbeidsgiver om at andre midlertidig ansatte ville hatt bedre prioritet til fast ansettelse dersom de hadde krevd det, vanskelig føre frem. I hvert fall så lenge de midlertidig ansatte ikke faktisk har fremmet krav om fast ansettelse. Generelt må regelen være slik at det er tilknytningen for den som reiser søksmålet må vurderes, og vedkommende må gis medhold hvis den relevante tilknytning foreligger.”

Gode reelle grunner taler for at en påstand om at andre har bedre prioritet, ikke kan føre frem uten at den eventuelt bedre berettigede selv har påberopt seg fast ansettelse og tilstrekkelig tilknytning. I motsatt fall ville det blitt vanskelig å håndheve regelen om at en midlertidig ansatt tilkallingsvakt som har dekket et permanent behov for arbeidskraft, og som har den tilstrekkelige tilknytningen, skal gis fast ansettelse. Behovet for å sette makt bak kravet om fast ansettelse taler for en slik løsning.

⁴⁵ Dalheim (2005) s. 256

Konkurransespørsmål vil imidlertid kunne oppstå hvor *flere midlertidig ansatte tilkallingsvakter* fremmer krav om fast ansettelse. Her vil vurderingskriteriene måtte vurderes for alle saksøkerne for å se om alle arbeidsforholdene var praktisert i strid med arbeidsmiljøloven, se også punkt 2.3. Spørsmålet kommer på spissen hvor for eksempel 5 saksøkere strides om retten til behov for 3 fast ansatte i bedriften. Det kan for eksempel tenkes at bedriftens behov tilsier at kun to av de fem dekker et midlertidig og uforutsigbart arbeidskraftbehov. Det betyr at behovet for ekstra arbeidskraft er upåregnelig for bedriften fram til et visst punkt.

Dalheim oppstiller her et hensiktsmessig skille: Hvor arbeidskraftbehovet er mulig å dele opp og føres til den enkelte saksøker, og der dette ikke er mulig.

Utgangspunktet er at hver ansettelse må vurderes konkret, for å se om vilkårene for å ansette midlertidig er oppfylt. I de tilfeller hvor behovet er mulig å dele opp, vil man kunne vurdere om den tilsatte har dekket et fast eller midlertidig behov. De som dekker et fast behov, må deretter gis medhold.

Ofte vil det som regel ikke være mulig å dele opp fraværet. De tilsatte har dekket behov som har oppstått på forskjellig grunnlag eller ved forskjellige ansattes fravær, for eksempel gjennom en vikarpool, og det vil ikke være mulig å si noe om hvem i vikarpoolen som har dekket et løpende eller midlertidig behov.

Arbeidsmiljøloven gir i utgangspunktet ikke noen anvisning på prioriteringen i et slikt tilfelle. Det finnes imidlertid en prioriteringsregel dersom det er flere fortrinnsberettigede til en stilling, jf. aml. § 14-2 (6). Denne sier at arbeidsgiver i slike tilfeller skal følge de samme regler for utvelgelse som de som gjelder ved oppsigelser på grunn av driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak. Relevante momenter i denne vurderingen er blant annet arbeidstakers kvalifikasjoner, lengden på arbeidsforholdet (ansiennitet), sosiale forhold med mer.

Dalheim oppstiller et løsningsforslag i tråd med regelen i aml. §14-2(6). Den går ut på at domstolen bør foreta en rangering av saksøkerne ut fra lengden og fastheten i arbeidsforholdet, jf. fjerde avsnitt side 257. Løsningen begrunner han slik:

”En slik regel eller retningslinje ville oppfylle grunnleggende rimelighetskrav, og vil være i samsvar med den grunntanke at ansiennitet/lang ansettelsestid skal tillegges vekt ved valg mellom arbeidstakere bl.a i nedbemanningssituasjoner.”

Det kan imidlertid også tenkes at ballen kastes videre til arbeidsgiver etter at domstolene har kommet til at ansettelsene samlet ikke oppfyller lovens vilkår, slik at det er arbeidsgiver som må foreta en saklig utvelgelsesprosess basert på lovens regler.

Jeg vil påpeke at for tilkallingsvakter vil en vurdering basert på ansiennitet imidlertid bli svært sammensatt. De ulike arbeidsforholdene vil kunne variere sterkt, hva angår mengde og varighet. Hvordan vil ansienniteten for eksempel vurderes mellom en tilkallingsvakt som har vært ansatt i sammenhengende fem år, men hvor arbeidsmengde har vært noenlunde lav, i forhold til en tilkallingsvakt som har vært ansatt i for eksempel to år, men arbeidet mer eller mindre full stilling? Vil for eksempel momentet om regelmessighet her bli avgjørende?

Jeg vil også påpeke at ansiennitet ikke er det eneste relevante kriteriet i en slik utvelgelsesprosess. Det følger av rettspraksis⁴⁶ at ansiennitet ikke nødvendigvis er noe avgjørende hensyn. Først og fremst må utvelgelsen være forsvarlig⁴⁷. Det må i utgangspunktet foretas en helhetsvurdering, hvor den enkelte arbeidstakers forhold, slik som for eksempel store forpliktelser (forsørgerbyrde, gjeld med mer) kan begrunne bedre prioritet.

⁴⁶ Rt-1986-879

⁴⁷ Jakhelln (2004) s. 379

Dalheim oppstiller også en annen innfallsvinkel., jf. side 257. Dersom domstolene kommer til at arbeidsforholdene samlet er i strid med loven, kan det avsies dom for fast ansettelse i 60 % stilling. Det betyr at saksøkernes arbeid anses som lovstridige for en del, men ikke for en annen del. Ved at alle fem gis en ”garanti” på 60 %, med mulighet for å merarbeid, fordeles de faste stillingene på alle. En slik løsning kan være praktisk der tilkallingsvaktene utfører omtrent samme arbeid, og deler på å dekke opp fraværet. For arbeidsgiver vil også en slik løsning være hensiktsmessig.

Spørsmålet i denne sammenheng, er imidlertid om domstolene kan konstruere en slik løsning, dersom den ikke følger av partenes påstand. Løsningen er kanskje mest praktisk for en arbeidsgiver som sitter med den organisatoriske plikten i etterhånd av en dom, dersom han har flere ansatte som er berettiget til samme stilling.

Det kan spørres om en slik løsning, som baserer seg på at saksøkerne blir tildelt faste stillinger i en viss prosent, rammer andre ansatte som ikke er part, og som ikke har ført sin sak, for eksempel andre midletidig ansatte tilkallingsvakter?

Slik jeg ser denne problemstillingen, vil en tildeling av fast ansettelse ikke nødvendigvis medføre fortrengsel for andre. De urettmessig midlertidige ansatte har dekket et tilsvarende behov som midlertidig ansatt, og får nå dom for fast ansettelse i samme stillingsprosent sammenlagt. I et slikt tilfelle er jo tanken at saksøkerne skulle vært fast ansatt, og nå blir det i kraft av loven.

3.4 Oppsigelsesvern

Hvorvidt en tilkallingsvakt er fast eller midlertidig ansatt, får betydning ved opphøret av arbeidsforholdet. Nedenfor vil jeg forsøke å belyse de ulike rettsvirkningene som inntrer ved oppsigelse fra bedriftens side – for faste og urettmessig midlertidige ansatte tilkallingsvakter.

Det kan først spørres om den fast ansatte tilkallingsvakten har det samme oppsigelsesvernet som en alminnelig fast ansatt?

I utgangspunktet vil svaret være ja, hva angår den *juridiske* retten. Det er ingen tvil om at en fast ansatt på tilkalling har den samme juridiske retten til stillingsvern, det er nettopp denne retten som kjennetegner et fast ansettelsesforhold. Den kan imidlertid tenkes at det oppstår vansker ved utføringen av en slik rett i praksis.

Oppsigelsesvernet omfatter krav på vern mot usaklig oppsigelse. Dette vil gjelde også for en fast tilkallingsvakt, slik at dersom arbeidsgiver ønsker å slutte å tilkalle vedkommende, kreves det saklig grunn. Det følger av aml. §15-7 at oppsigelsen kan skyldes forhold på virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers side.

Dersom oppsigelsen skyldes forhold på virksomhetens side, må arbeidsgiver kunne dokumentere at han/hun har foretatt en avveining mellom virksomhetens behov, og de ulemper oppsigelsen får for arbeidstakeren.

I forhold til hvilke kriterier arbeidsgiver har lagt til grunn i utvelgelsen av hvem som blir oppsagt, gjelder de samme hensyn som for andre fast ansatte, som ansiennitet, kvalifikasjoner mv. Både likhets- og rimelighetshensyn taler for at tilkallingsvakter i utgangspunktet skal gis samme tilknytning som andre fast ansatte.

Oppsigelse på grunn av forhold på arbeidstakers side, skyldes som regel forsømmelse i tjenesten⁴⁸. Også her oppstilles et saklighetskrav, jf. aml. §15-7. I vurderingen av om oppsigelsen er saklig, vil flere hensyn spille inn. Primært vil forsømmelsens grovhet være vesentlig. Men også arbeidsgivers prosess i forkant av oppsigelsen kan spille inn. For eksempel oppstilles det i §15-1 et krav om at partene skal ha avholdt drøftelsesmøte.

⁴⁸ Jakhelln (2004) s. 371

Hensikten med en slik prosess er å gi arbeidstakere en mulighet til å rette opp forholdet, dersom dette lar seg gjøre.

Dersom forsømmelsen ikke er for grov, vil altså arbeidsgiveren, mens prosessen pågår, måtte fortsette å tilkalle arbeidstakeren, ved behov eller i det omfang avtaleforholdet tilsier. Arbeidsgiver kan ikke på dette tidspunktet ansette nye tilkallingsvakter, for dermed å redusere sitt behov for den opprinnelige. Dette ville medført omgåelse av reglene.

Ved oppsigelse har tilkallingsvakter krav på oppsigelsesfrist, som andre faste ansatte. Her vil tilkallingsvaktens tjenesteomfang få betydning. I oppsigelsestiden har den ansatte krav på å bli tilkalt i det omfang avtaleforholdet tilsier. Dette gjelder både der oppsigelsen skyldes forhold på virksomhetens side, og der den er begrunnet i forhold på tilkallingsvaktens side. Unntak må oppstilles der det foreligger gyldig avskjed.

I avgjørelsen av hva avtaleforholdet tilsier om omfanget av retten til å bli tilkalt i oppsigelsestiden, vil de samme vurderingsmomenter komme inn, som ved avgjørelsen av i hvilket omfang arbeidstakeren har rett til å bli tilkalt under det løpende arbeidsforholdet, jf. punkt 3.1.

Momentene retter seg først og fremst mot det omfang tilkallingsvakten faktisk har tjenestegjort i ansettelsesperioden, der avtalen ikke sier noe om arbeidstiden. I avgjørelsen av hvor mye den ansatte skal tilkalles i oppsigelsestiden, vil en hensiktsmessig løsning være å regne et gjennomsnitt av vedkommendes tjenestegjøring, og tildele vakter i dette omfang i oppsigelsestiden. Dersom retten til arbeid er angitt i avtalen, vil omfanget av retten til å bli tilkalt følge av denne.

Det kan imidlertid tenkes en forskjell i avgjørelsen av retten til arbeids under det løpende arbeidsforholdet og under en eventuell oppsigelsestid. Fremtidig behov hos arbeidsgiver er ikke lenger et relevant moment dersom avgjørelsen av omfanget av retten til arbeid først tas ved arbeidets opphør.

Ved at det regnes et gjennomsnitt av tidligere utført arbeid, som deretter skal fordeles gjennom en oppsigelsestid, kan det i det enkelte tilfelle bli tale om relativt få vakter, alt etter faktisk tjenesteomfang og grad av variasjon av arbeidsmengde. Dersom arbeidsgiver imidlertid har større behov er det opp til partene å avtale flere vakter. For eksempel kan de bli enige om tilkalling ved ekstra behov. Her vil det imidlertid ikke kunne påberopes rett til arbeid eller plikt til å akseptere tilbud om arbeid, med mindre partene uttrykkelig avtaler dette.

Oppsigelsesvernet for midlertidig ansatte varierer etter grunnlaget for kontrakten. Dersom hver tilkalling begrunner midlertidig ansettelse, opphører retten til arbeid i utgangspunktet mellom hver tilkalling, da arbeidsforholdet opphører for hver gang. Her kommer ikke de alminnelige bestemmelser om oppsigelsesvern i arbeidsmiljøloven til anvendelse. At den midlertidige tilkallingsvakten ikke har noe oppsigelsesvern modifiseres imidlertid av saklighetsprinsippet jf. 3.1.3, og fortrinnsretten etter aml. §14-2(2).

Hovedpoenget i saklighetsprinsippet er at arbeidsgiverens handlinger skal være i tråd med visse saklighetsnormer. Dette kan medføre at den midlertidige ansatte tilkallingsvakten har rett til å bli tilkalt ved nytt behov, fremfor at bedriften ansetter en ny, med mindre ansettelse av en ny er saklig begrunnet.

Fortrinnsretten etter §14-2(2) sier at midlertidige ansatte som ikke får fortsatt ansettelse på grunn av *virksomhetens forhold*, har fortrinnsrett til ny ansettelse. Her oppstilles imidlertid et praktisk unntak; fortrinnsretten gjelder ikke for vikarer.

Dersom ekstrahjelpen er ansatt for en periode, og arbeidsforholdet ikke opphører mellom hver tilkalling, vil det foreligge et vern mot usaklig oppsigelse *innenfor* denne perioden, jf. 3.1.3. Her vil samme løsning som for fast ansatte tilkallingsvakter kunne anvendes, jf. ovenfor. Det må ses hen til hva tilkallingsvakten faktisk har tjenestegjort, og regnes et

gjennomsnitt av dette. Den midlertidige ansatte tilkallingsvakten har i oppsigelsestiden rett til å bli tilkalt i dette omfang.

3.5 Fortrinnsrett til ny ansettelse i virksomheten

I forlengelse av arbeidstakeres rett til oppsigelsesvern oppstiller arbeidsmiljøloven en rett til fortrinnsrett i ny stilling i virksomheten der oppsigelsen skyldes forhold på virksomhetens side.

Fortrinnsretten innebærer at dersom det oppstår ny ledig stilling i bedriften, har den oppsagt arbeidstakeren fortrinnsrett til denne fremfor at arbeidsgiveren ansetter en ny.

Arbeidsmiljøloven §14-2(1) omhandler retten for fast ansatte generelt. Retten gjelder også for midlertidig ansatte som på grunn av virksomhetens forhold ikke får fortsatt ansettelse, jf. annet ledd. Det er her tenkt på de tilfellene hvor arbeidstaker normalt ville blitt reengasjert, men hvor arbeidsgiveren ikke har mulighet til å sysselsette vedkommende⁴⁹. Det oppstilles et unntak for vikarer.

For både faste og midlertidige ansatte gjelder et kvalifikasjonskrav for at retten skal utløses, jf. §14-2 (1) og (2).

Det må forutsettes at vilkårene er oppfylt. Arbeidsmiljølovens §14-2(3) bestemmer at ”fortrinnsretten gjelder for arbeidstaker som har vært ansatt i virksomheten i til sammen minst 12 måneder i de siste to år”, og §14-2(4) bestemmer at fortrinnsretten gjelder fra oppsigelsestidspunktet og i ett år fra oppsigelsesfristens utløp.

I et arbeidsforhold basert på tilkalling, vil fortrinnsretten komme på spissen ved at arbeidsgiver ikke tilkaller den oppsagte tilkallingsvakten, dersom det oppstår nytt behov for

⁴⁹ Ot.prp.nr.41 (1975-76) s. 79

arbeidskraft i virksomheten. Også midlertidige ansatte tilkallingsvakter har fortrinnsrett til å bli tilkalt, dersom vedkommende på grunn av virksomhetens forhold ikke ble tilkalt igjen, og det på nytt bli behov for arbeidskraft i bedriften.

Fortrinnsretten innebærer at tilkallingsvaken blir tilkalt i det omfang den nye stillingen tilsier. Her vil ikke det tidligere arbeidsforhold spille inn i vurderingen av omfanget av retten til arbeid. For midlertidige ansatte kan fortrinnsretten kun medføre rett til å bli tilkalt i en kort periode, for eksempel en eller få vakter.

3.5.1 Fortrinnsrett for deltidsansatte

Arbeidsmiljølovens §14-3 hjemler fortrinnsrett for deltidsansatte. Her heter det at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Denne retten vil i utgangspunktet også gjelde fast ansatte tilkallingsvakter hvor arbeidsforholdet tilsier at de arbeider mindre enn full stilling. Problemstillingen kan praktisk deles i to.

Primært blir retten aktuell der avtalens art ikke vil endre seg. Det vil si at avtalen til tross for utvidet stilling fortsatt baserer seg på tilkalling. I praksis vil fortrinnsretten her gi utslag av rett til flere vakter ved økt arbeidskraftbehov i bedriften, og arbeidsgiver må dermed høre med tilkallingsvakten om vedkommende er interessert i økt arbeidsmengde, før han går til anskaffelse av flere ekstravakter.

Deretter kan det spørres om en fast deltidsansatt på tilkalling har fortrinnsrett til utvidet stilling med faste arbeidstidspunkt? La oss for eksempel si at bedriften har behov for en fulltidsansatt bare på dagtid.

Verken arbeidsmiljøloven eller forarbeidene til bestemmelsen gir noen veiledning på spørsmålet om avtalens art her får betydning.

Reelle hensyn taler for at arbeidsgiver plikter å tilby tilkallingsvakten utvidet stilling også der tidspunktene er fastlagt. I motsatt fall vil ikke fortrinnsretten for stillingen tilkomme en tilkallingsvakt. Dette ville medført at det ble åpnet for en kontraktstype som ikke ga arbeidstaker samme rettigheter som andre fast ansatte.

I §14-3 oppstilles det to vilkår for at fortrinnsretten kan utløses. Vilåårene gjelder for utvidet stilling både der kontraktstypen beholdes og hvor arbeidstidspunktene blir konkret angitt. Etter bestemmelsens annet ledd sies det at den tilsatte må være kvalifisert for stillingen, og fortrinnsretten må ikke medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Bestemmelsen medfører en vesentlig reduksjon i fortrinnsretten for tilkallingsvakter, særlig momentet om kvalifikasjonskrav. Mange tilkallingsvakter er ufaglærte.

Kvalifikasjonskravet i fortrinnsretten for deltidsansatte medfører for eksempel at en ufaglært fast ansatt tilkallingsvakt i deltidsstilling, i mange tilfeller ikke vil kunne besette en fulltidsstilling dersom den utvidede stillingen krever fagkompetanse.

I vurderingen av om arbeidstakeren er kvalifisert for stillingen skal det tas hensyn til både personlige og faglige forutsetninger og kvalifikasjoner⁵⁰. Her vil det måtte foretas en konkret vurdering, hvor type stilling, og den enkelte tilsattes bakgrunn er relevant. I noen stillinger vil det måtte legges større vekt på faglige forutsetninger enn andre. Lang erfaring på andre områder, vil kunne medføre at vedkommende er kompetent for stillingen, selv om han mangler den faglige utdannelsen.

Spørsmål om kvalifikasjonskrav gjør seg primært gjeldende i de tilfeller hvor det er snakk om en konkret stilling, som kan innebære endrede oppgaver.

Regelen om fortrinnsrett for deltidsansatte er vanskelig å håndheve for tilkallingsvakter. Mange har kontrakter som ikke angir retten til arbeid utover å være behovsrelatert. Selv om

⁵⁰Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 32

retten til arbeid likevel var angitt, vil økt behov i virksomheten ofte ikke resultere i en ”ny stilling”, men spres utover, ofte på flere tilkallingsvakter. Dette medfører en fordelig av arbeidet, i stedet for at det opprettes en full stilling. Det kan også tenkes at det økte behovet er midlertidig, og gir grunnlag for midlertidig ansettelse.

Regelen om fortrinnsrett for deltidsansatte egner seg best på de arbeidsforhold hvor retten til arbeid følger av en bestemt stillingsprosent, og hvor den utvidede stillingen fortrinnsretten gjelder, er klart definert i omfang og arbeidstid.

3.5.2 Konflikt mellom fortrinnsberettigede og urettmessig midlertidige ansatte tilkallingsvakter

Det kan spørres om fortrinnsretten kan medføre konkurransesituasjoner ved at en midlertidig ansatt tilkallingsvakt som får dom for fast ansettelse kommer i konflikt med andre fortrinnsberettigede i bedriften?

Spørsmålet kommer på spissen hvor fortrinnsberettiget gjør gjeldende at arbeidsgiver ikke kan foreta ny ansettelse i virksomheten i form av at en midlertidig ansatt tilkallingsvakt gis fast ansettelse.

Etter ordlyden gjelder fortrinnsretten ”ny stilling” i virksomheten. Arbeidsgiveren kan ikke foreta ny ansettelse foran den fortrinnsberettigede. Ordlyden passer dårlig på et tilfelle hvor en urettmessig midlertidig ansatt tilkallingsvakt får dom for fast ansettelse. Her foreligger det ikke *ny* ansettelse. Den urettmessig ansatte tilkallingsvakten har tvert i mot fått stadfestet sitt faste arbeidsforhold i kraft av loven.

I et slikt tilfelle, har det dermed ikke oppstått noen ny stilling i virksomheten, og den fortrinnsberettigede utløser ikke noen rett til stillingen.

3.5.3 Oppsummering

Fortrinnsrettsbestemmelsene egner seg ikke godt for en tilkallingsvakt hvor arbeidsforholdet ikke er regulert. For tilkallingsvakter oppstår ofte spørsmål om vedkommende i det hele tatt er fast ansatt, og i så fall hva dette vil innebære av rett til arbeid. Fortrinnsrettsbestemmelsene er utviklet med tanke på at ansettelsesforholdene har klare innhold. Hvor ansettelsesforholdet ikke inneholde bestemmelser om arbeidstid eller arbeidsomfang, vil reglene om fortrinnsrett lett kunne omgås.

3.6 Rett til å fortsette i stillingen

En fast ansatt tilkallingsvakt vil, ved tvist om arbeidsforholdet lovlig er brakt til opphør, ha rett til å fortsette i stillingen, som andre fast ansatte, jf aml §15-11. I et arbeidsforhold, hvor det er klarlagt hvor mye arbeidstakeren har rett til å bli tilkalt, er det dette omfanget som gjelder også i en situasjon hvor arbeidstakeren velger å fortsette i stillingen. I utøvelsen av retten til å stå i stilling, ser vi nødvendigheten av at tilkallingsvaktens rett til arbeid og inntekt er selvstendig, og ikke kun følger av arbeidsgivers behov.

I forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven⁵¹ heter det:

”Retten til å fortsette i stillingen innebærer at partenes gjensidige rettigheter og plikter består så lenge behandlingen av oppsigelsessaken pågår. Arbeidsgiver kan ikke i denne perioden frata arbeidstaker adgang til arbeidsstedet eller til å utføre sitt arbeid.”

Regelen om retten til å stå i stilling tar sikte på å effektivisere oppsigelsesvernet ved å forhindre at arbeidstakeren først må fratre, slik at arbeidsforholdet avbrytes, for senere å gjeninntre dersom oppsigelsen kjennes ugyldig⁵².

⁵¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 336

⁵² Jakhelln (2004) s. 391

Retten til å fortsette i stillingen inntreer automatisk dersom arbeidstakeren har overholdt fristen for å kreve forhandlinger etter §17-3, eller gå til søksmål etter §17-4. Fristen er henholdsvis to og åtte uker fra oppsigelsen ble mottatt eller forhandlinger avsluttet.

Dersom arbeidsgiver ikke ønsker å la arbeidstakeren fortsette i stillingen, må han gå til retten å kreve kjennelse for at arbeidstakeren skal fratre.

For faste tilkallingsvakter betyr det at de i utgangspunktet har rett til å fortsette å bli tilkalt i omtrent samme omfang som avtalen tilsier, i den perioden som tvisten pågår, jf punkt 3.1.

Et praktisk problem vil imidlertid være hvor arbeidsgiveren hevder det foreligger et midlertidig tilkallingsforhold, mens tilkallingsvakten hevder det ikke foreligger gyldig grunnlag for midlertidig ansettelse. Her må tilkallingsvakten gå til søksmål med krav om fast ansettelse (eventuelt erstatning). Har vedkommende rett til å fortsette i stillingen mens tvisten pågår i slike tilfeller? Hva vil en slik rett innebære for en tilkallingsvakt?

Hovedregelen er at fast ansatt arbeidstaker ved tvist om et arbeidsforhold lovlig er brakt til opphør, kan fortsette i stillingen så lenge forhandlinger pågår, eller saken er under behandling. For midlertidige ansatte er hovedregelen det motsatte – nemlig at arbeidstaker ikke har rett til å stå i stilling, jf. §15-11 (1),(2) og (3). En ansatt som hevder det foreligger en urettmessig midlertidig ansettelse, kan kreve at retten bestemmer at arbeidsforholdet skal fortsette inntil saken er rettskraftig avgjort, jf tredje ledd. Vi ser dermed en vesentlig forskjell i retten for midlertidig ansatte – de må gå til domstolen og kreve kjennelse for retten til å fortsette i stilling.

Spørsmålet er så hvordan retten skal ta stilling til dette der arbeidstakeren er ansatt på tilkalling. Ved at det ikke ligger noen avtale til grunn som omhandler tilkallingsvaktens arbeidsomfang, vil vedkommende også måtte ta inn i påstanden at domstolen tar stilling til dette i avgjørelsen av retten til å stå i stilling. I motsatt fall vil regelen om rett til å stå i

stilling lett kunne omgås. Vil retten gå inn i en vurdering om tilkallingsvaktens selvstendige rett til arbeid?

For det første kan retten vanskelig avgjøre om det foreligger en slik rett uten først å ta stilling til hvorvidt det faktisk foreligger en gyldig midlertidig ansettelse eller ikke.

I forarbeidene⁵³ heter det at *”slik kjennelse vil være aktuelt å avsi når det er åpenbart at det foreligger en midlertidig tilsetting i strid med § 58A.”*

Hvorvidt det er ”åpenbart” at det foreligger en urettmessig midlertidig avtale, vil bero på en helhetsvurdering. Etter en naturlig språklig forståelse ligger det i begrepet ”åpenbart” at retten nærmest umiddelbart skal kunne komme til at ansettelsen er ugyldig. Ved å ta utgangspunkt i lovens vilkår i §14-9, kan det tenkes tilfeller som tydelig faller utenfor disse kriteriene - for eksempel foreligger det ikke noe gyldig vikariat, eventuelt ikke et midlertidig behov.

Vurderingen vil imidlertid ofte være sammensatt – det kan tenkes tilfeller hvor lovens vilkår i utgangspunktet er oppfylt, men hvor adgangen til å ansette midlertidig likevel ikke er til stede. I Ambulansearbeiderdommen⁵⁴ var for eksempel dette tilfelle – her ble begrepet ”vikariat” innsnevret av domstolene. For disse situasjonene vil en avgjørelse være vanskeligere å ta, og det er ikke lenger ”åpenbart” at ansettelsen er ugyldig.

Det vil si at mange arbeidsgivere, ved å hevde at det foreligger midlertidig ansettelse, i noen tilfeller vil kunne omgå arbeidstakers rett til å stå i stilling, og dermed avskjære den reelle muligheten for mange til å gå til søksmål.

Dersom retten imidlertid kommer til at det foreligger et ugyldig ansettelsesforhold, vil de også ta stilling til omfanget av retten til arbeid?

⁵³ Ot.prp.nr.50 (1993-94) s. 237

⁵⁴ Rt-2006-1158

Rt-1997-277 (Norges Varemesse) omhandler spørsmålet om rett til å stå i stilling for midlertidig ansatte. De ansatte hadde ikke et formelt ansettelsesforhold til NV, og ingen fast arbeidsmengde. Arbeidsforholdene hadde betydelige likhetstrekk med arbeidsforhold som baserer seg på tilkalling.

For det første kom Høyesterett til at arbeidstakerne var å anse som fast ansatte i *deltidsstilling*. Denne vurderingen ble tatt på bakgrunn av det faktiske arbeidsomfang, og tilsa at de ansatte ikke hadde arbeidet fulltid.

Ved at de ansatte ble å regne som fast ansatte, og ikke midlertidige, vurderte Høyesteretts kjæremålsutvalg, som lagmannsretten, at retten til å stå i stilling måtte vurderes etter tidligere aml. §61 nr. 4 og ikke etter den mer restriktive bestemmelsen i §58A nr. 4. Forskjellen i de to bestemmelsene var, da som nå, at hovedregelen for midlertidig ansatte var motsatt av reglen for fast ansatte – det vil si at de ikke har rett til å forstette i stillingen mens tvist pågår, men at retten, etter krav fra arbeidstaker, kan avsi kjennelse for at arbeidstakeren skal fortsette.

I dette tilfelle gikk domstolene altså inn i en realitetsbehandling av arbeidsforholdet, før de la hovedregelen om rett til å fortsette i stillingen til grunn.

For tilkallingsvakter er det helt klart den beste løsningen at domstolene tar stilling til omfanget av retten til arbeid ved tvist om det foreligger en urettmessig midlertidig avtale, dersom dette er tatt inn i påstanden. Ved at retten går inn i en vurdering av ansettelsesforholdet, gir de også anvisning på hvor stor stillingsprosent arbeidstakeren omtrent har krav på. Dersom retten kun avgir kjennelse for at den midlertidig ansatte må være å anse som fast, og dermed har rett til å fortsette i stillingen, vil arbeidsgiver kunne omgå arbeidstakers rettigheter ved å tilby vedkommende stadig mindre arbeid.

3.7 Oppsummering

Tilkallingskontrakter skiller seg fra ordinære midlertidige og faste ansettelseskontrakter ved at de ofte ikke angir noen stillingsprosent eller inntekt, men baserer seg på tilkalling ved behov. Dette medfører at de ulike rettighetene som tilkommer arbeidstakere generelt, ofte blir illusoriske, og vanskelig å håndheve for tilkallingsvakter.

Selv om de enkelte kontraktene ikke inneholder bestemmelser om stillingsprosent eller inntekt, betyr ikke dette at tilkallingsvakten ikke har noen selvstendig rett til arbeid og lønn. Det reelle arbeidsforholdet vil i så måte gi veiledning i spørsmålet om hva den enkelte tilkallingsvakt har krav på.

Primært er omfanget av retten til arbeid, og dermed inntekt, et relevant spørsmål for tilkallingsvakter som har en kontrakt som ikke regulerer dette konkret. Et avgjørende moment i denne avgjørelsen er hva tilkallingsvakten har *opparbeidet* seg av rett til arbeid. Det vil si at det reelle arbeidsforholdet i en viss periode forut i tid – mengden på arbeid, regelmessighet, og stabilitet – får betydning i spørsmålet om hva tilkallingsvakten har rett til å arbeide også i fremtiden.

Omfanget av retten til arbeid får deretter betydning ved sentrale rettigheter som inntreffer ved opphøret av arbeidsforholdet, og da særlig når opphøret skyldes oppsigelse fra arbeidsgiver.

Oppsigelsesvernet gjelder også for tilkallingsvakter. At arbeidsforholdet eksisterer uavhengig av arbeidsgivers skiftende behov i faste ansettelsesforhold, får betydning i en oppsigelsestid. I oppsigelsestiden må arbeidsgiver forstette å tildele tilkallingsvakten arbeid i omtrent det omfang som følger av avtalen og dens reelle utførelse.

Også øvrige rettigheter, som fortrinnsrett til ny ansettelse der oppsigelsen skyldes forhold på virksomhetens side, og retten til å stå i stilling ved tvist om oppsigelsens saklighet, tilkommer i utgangspunktet faste tilkallingsvakter.

Utøvelsen av disse vil imidlertid kunne bli vanskelig, da mange kontrakter ikke har klare bestemmelser om tilkallingsvaktens rett til arbeid. I en oppsigelsesprosess vil arbeidsgiver også kunne ha en vesentlig redusert vilje til å benytte seg av tilkallingsvaktens rett, noe som spesielt kan få betydning for arbeidstakerens rett til å stå i stilling dersom oppsigelsen skyldes forhold på vedkommendes side.

4 Avslutning

Hensikten med avhandlingen var å belyse tilkallingsvaktens rettsstilling. Fordi kontraktsformen skiller seg fra de ordinære faste og midlertidige ansettelseskontraktene, vil det kunne oppstå tvil om rammene for ansettelsesforholdene generelt, og utøvelsen av de konkrete rettsvirkningene som inntreffer i faste og midlertidige arbeidsforhold.

Det er primært den løse angivelsen av arbeidstid, herunder omfanget av retten til arbeid og inntekt, som skaper uoversiktlige arbeidsforhold. Spesielt i faste ansettelsesforhold vil dette kunne medføre at tilkallingsvaktens rett lider et rettstap. Nettopp fordi avtaleforholdet baserer seg på tilkalling, vil et avtaleforhold som i utgangspunktet er midlertidig kunne utvikle seg til å i realiteten kvalifisere til et fast ansettelsesforhold uten at partene er oppmerksomme på det.

For å unngå en slik mulighet til omgåelse av reglene i arbeidsmiljøloven, og de rettigheter som følger av denne, taler lov, rettspraksis og reelle hensyn for at primært faste tilkallingsvakter har selvstendig rett til arbeid og lønn.

Som vist ovenfor oppstår det utfordringer for tilkallingsvakter i utøvelsen av de rettigheter som tilkommer faste og midlertidige arbeidstakere generelt. Arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern egner seg i mange tilfeller ikke i arbeidsforhold hvor det foreligger tilkallingskontrakter. Ved at arbeidstid ikke er fastsatt på forhånd, oppstår det praktiske problemer ved utførelsen av de enkelte rettsvirkningene.

Arbeidsmarkedet er stadig i utvikling, og hensynet til fleksibilitet for arbeidsgivere og arbeidstakere blir stadig viktigere. Også i lovforarbeidet blir hensynet vektlagt, ved at bestemmelsene er et resultat av en avveining mellom en rekke til dels kryssende hensyn.. Tilkallingskontrakter møter i stor grad hensynet til fleksibilitet. Særlig for enkelte arbeidstakergrupper medfører ordningen en god løsning for partene.

I den grad det er mulig å konkludere i spørsmålet om tilkallingskontrakter egner seg til bruk i faste ansettelsesforhold, kan det sies at regelverket og utformingen av de enkelte lovbestemmelser i hovedsak ikke er tiltenkt en slik avtaleform, og at reglene blir uoversiktlige og vanskelig å håndheve for de viktigste aktørene – nemlig den enkelte arbeidsgiver og arbeidstaker. En regulering av for eksempel krav til tilkallingskontrakter, eller virkningen av brudd på de ulike bestemmelsene, ville medført større klarhet.

5 Kilder

5.1 Lover

Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
(arbeidsmiljøloven)

Lov av 6. juni 1997 nr. 34: Lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Lov av 6. januar 1995 nr. 02: Lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Lov av 4. 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.

Lov av 4. februar 1977 nr. 04 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Lov av 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)

5.2 Forarbeider

Ot.prp. nr.49 (2004-2005)

Innst. O. nr.2 (1994-1995)

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)

Innst. O. nr.90 (1976-1977)

Ot.prp. nr.41 (1975-1976)

5.3 Litteratur

Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten* 3. utgave 2004

Dalheim, Tron *Midlertidig ansettelse – tilkallingsvikarer, ekstrahjelp m.v.* Inntatt i *Arbeidsrett* - Årg. 2006 - nr. 04

Frogner, Marit B. "Tilsigelsesavtaler" – kommentarer til Høyesteretts dom av 27. juni 2005. Inntatt i *Arbeidsrett* – Årg. 2005 – nr. 04

Evju, Stein *Tilsigelsesavtaler – omgåelse av midlertidig ansettelse – Høyesteretts dom 27. juni 2005 (HR-2005_01028-A)* Nytt i privatretten 2005 nr. 3 s. 2-4

5.4 Rettsavgjørelser – Høyesterett

Rt. 2006 s. 1158 *Ambulansearbeiderdommen*

Rt. 2005 s. 826 *Braatendommen*

Rt. 2001 s. 418

Rt. 2000 s. 1602 *Nøkkdommen*

Rt. 1997 s. 277 *Norges varemesse*

Rt. 1989 s. 1116 *Servicearbeiderdommen*

Rt. 1986 s. 879

Rt. 1985 s. 1141 *Ergoterapeutdommen*

5.5 Rettsavgjørelser – Arbeidsretten

RG. 1994 s 842 *Voksenåsen hotell*

